

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/91402>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

DE EU-RICHTLIJN OVER OPVANG VAN ASIELZOEKERS

De EU-richtlijn over opvang van asielzoekers

*Opvangvoorzieningen in Nederland en Frankrijk en de
rechtsbescherming tegen het onthouden van opvang*

Een wetenschappelijke proeve op het gebied van de
Rechtsgeleerdheid

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Radboud Universiteit Nijmegen
op gezag van de rector magnificus
prof. mr. S.C.J.J. Kortmann,
volgens besluit van het college van decanen
in het openbaar te verdedigen op
vrijdag 9 december 2011
om 13.00 uur precies

door

Folke Fridtjof Larsson
geboren op 24 augustus 1964
te Utrecht

Promotores:

Prof. mr. C.A. Groenendijk

Prof mr. R.J.N. Schlössels

Manuscriptcommissie:

Prof. dr. H.B. Winter (RUG)

Prof. mr. A.B. Terlouw

Prof. mr. R. Fernhout

Ontwerp omslag: Willy Cremers Grafisch ontwerp, Nijmegen

ISBN 9789013099386

NUR 823-313

© 2011, F.F. Larsson

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16*h* t/m 16*m* Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponneerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

Voorwoord

Nadat Kees Groenendijk mij had verzekerd dat ik niet te oud was voor het schrijven van een proefschrift, begon ik in april 2008 tijdens mijn baan als docent bestuursrecht aan de Radboud Universiteit te werken aan dit boek. Het aantal pagina's groeide in dezelfde tijd dat ons gezin zich uitbreidde. Deze prachtige aanwas schreeuwde om aandacht, maar heeft mij ook geholpen sneller knopen door te hakken bij het schrijven. Niets relativeert het nemen van beslissingen zo als opbloeiende kinderen!

Dit relativiseringsvermogen werd gestimuleerd maar ook begrensd door mijn promotores Kees Groenendijk en Raymond Schlössels. Zij boden mij ieder op hun eigen sympathieke manier groot vertrouwen om in vrijheid aan dit boek te werken en reflecteerden altijd binnen afzienbare tijd met waardevol en deskundig commentaar. Zij hebben zo hun ervaring met mij willen delen en daarvoor ben ik hen zeer veel dank verschuldigd.

Om te verifiëren of het klopte wat ik over het Franse recht had geschreven, nam ik op een mooie oktoberdag in 2009 de TGV naar Parijs. In de week daarna sprak ik met Serge Slama, Maître de Conférences en droit public à l'Université Evry-Val-d'Essonne, Pascal Pech, directeur van het asielzoekerscentrum in Créteil, en Juliette-Dramé, medewerker van France Terre d'Asile. Allen dank ik voor hun grote hulp bij het toetsen van mijn boeken- en internetwaarheden over het Franse recht. Bovendien heeft het bezoek aan het asielzoekerscentrum in Parijs mij opnieuw doen beseffen dat ik niet bezig was met een zuiver academische exercitie, maar met het bestuderen van regels die gevolgen hebben voor het leven van kwetsbare medemensen.

Mijn collega's van de Radboud Universiteit ben ik dankbaar voor de gezellige en leerzame tijd met hen. Zij vroegen zich de laatste tijd wel steeds vaker af waar ik in Amsterdam mee bezig was, hopelijk stelt dit resultaat hen niet teleur. Ook mijn collega's van de Universiteit van de Nederlandse Antillen en de Universiteit van Amsterdam dank ik voor hun vertrouwen in mij en voor de steun bij het totstandkomen van dit proefschrift.

Mijn ouders ben ik dankbaar voor hun onvoorwaardelijke liefde en steun die ik ook na hun recente dood voel. Zij waren altijd trots op ons.

Isabelle, Nola, Lise en Pippa vormen het liefdevolle hart van mijn bestaan.

Aan hen draag ik dit boek op.

Folke Larsson

Haarlem, augustus 2011

Inhoudsopgave

VOORWOORD	V
1 PROBLEEMSTELLING EN ONDERZOEKSVRAGEN	1
1. Inleiding	1
2. Probleemstelling	2
3. De keuze voor de Opvangrichtlijn	2
4. Onderzoeksvraag	3
5. Keuze voor de lidstaten	4
6. Deelvragen	6
7. Plan van behandeling	7
2 EU-RECHT	9
1. Inleiding	9
2. De EU-Verdragen en de functies van algemene beginselen	9
2.1 De rechtspolitiiek-strategische functie: leidende algemene beginselen	10
2.2 De waarborgfunctie: het beginsel van de procedurele autonomie, het gelijkwaardigheidsbeginsel, het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming	11
2.3 Interpretatieve functie: algemene rechtsbeginselen ter normering van het overheidshandelen en als toetsingsgrond voor de rechter	13
2.4 De grondrechten: Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie	14
3. Voorrang en doorwerking van het EU-recht	15
3.1 Rechtstreekse werking	15
3.2 EU-rechtconforme interpretatie	18
3.3 De gebondenheid van de lidstaat	19
4. Het primaire EU-recht: voorwaarden voor de rechtsbescherming tegen overheidshandelen in de lidstaten nader belicht	20
4.1 Het evenredigheidsbeginsel	21
4.1.1 Toetsingsintensiteit	23
4.1.2 Feitenvaststelling	25
4.2 De motiveringsplicht	26
4.3 Het verdedigingsbeginsel	27
4.3.1 Beginselen van behoorlijk bestuur	28
4.4 Het beginsel van effectieve rechtsbescherming	29
4.4.1 Het recht op een voorlopige voorziening	31
4.4.2 Bewijsrecht	32

4.4.3	Schadevergoeding	33
4.4.4	Ambtshalve toepassing van EU-recht	33
5.	EVRM	34
5.1	Inleiding	34
5.2	Het toepassingsbereik van artikel 6 van het EVRM	35
5.2.1	<i>Civil rights and obligations</i> : toepassingsbereik in vreemdelingenzaken	37
5.2.2	<i>Criminal charge</i>	38
5.2.3	Toetsingsintensiteit en <i>full jurisdiction</i>	40
6.	Conclusie	42
3	DE OPVANGRICHTLIJN	45
1.	Inleiding	45
2.	De rechtsgrondslag voor de richtlijn	45
2.1.	Primair EU-recht	45
2.2	Secundair EU-recht	48
3.	De totstandkoming van de richtlijn	49
4.	Een voorstel voor een nieuwe richtlijn	53
5.	De inhoud van de richtlijn	56
5.1	Doelstellingen	56
5.2	De richtlijn per hoofdstuk	57
5.2.1	Materiële opvangvoorzieningen: artikel 2 onder j	60
5.2.2	Werkingsfeer: artikel 3	61
5.2.3	Beperking of intrekking van opvangvoorzieningen: artikel 16	65
5.2.4	Het recht op beroep: artikel 21	71
6.	Specifieke eisen voor de rechtsbescherming tegen besluiten over opvangvoorzieningen: artikel 6 van het EVRM	73
6.1	<i>Civil rights and obligations</i>	73
6.2	<i>Criminal charge</i>	74
7.	Conclusie	76
4	DE OMZETTING VAN DE OPVANGRICHTLIJN IN NEDERLAND	79
1.	Inleiding	79
2.	Nationale bronnen van het Nederlandse vreemdelingenrecht	79
3.	De Nederlandse asielprocedure	80
3.1	Systematiek van de asielprocedure	81
3.2	Chronologisch overzicht van de asielprocedure	82
3.2.1	Toegang	82
3.2.2	Indienen van de aanvraag	83
3.2.3	Rust- en voorbereidingstermijn	84
3.2.4	Geen rust- en voorbereidingstermijn voor bepaalde groepen	84
3.2.5	De algemene asielprocedure in een AC	85
3.2.6	De verlengde asielprocedure	87
3.2.7	De meeromvattende beschikking	88

3.3	Rechtsmiddelen	89
3.4	Bijzondere (asiel)procedures	90
3.4.1	Alleenstaande minderjarige vreemdelingen	90
3.4.2	Dublinverordening	90
3.4.3	Tweede of volgende asielaanvraag	91
3.5	Vrijheidbeperkende en vrijheidontnemende maatregelen	92
4.	Het recht op opvang van asielzoekers in Nederland	93
4.1	De Vw 2000	93
4.2	De Wet COA en de Rva 2005	94
4.2.1	Opvangcentra van het COA	96
5.	DE OMZETTING VAN DE RICHTLIJN IN NEDERLAND	98
5.1	De wijze van omzetting	98
5.2	De doelgroep: artikel 3 van de richtlijn	99
5.2.1	Opvangvoorzieningen in afwachting van het indienen van de asielaanvraag	99
5.2.2	De asielzoeker in een AC	102
5.2.3	De asielzoeker van wie de aanvraag is afgewezen tijdens de AC-procedure	103
5.2.4	De rechtmatig verwijderbare asielzoeker	105
5.2.5	De ongewenst verklaarde asielzoeker	105
5.2.6	De asielzoeker met een ' <i>interim measure</i> ' van het EHRM	108
5.2.7	De asielaanvraag door middel van een 14-1 brief	108
5.2.8	De uitsluiting en insluiting van bepaalde categorieën asielzoekers in de Rva 2005: omzetting van artikel 3, tweede tot en met vierde lid van de richtlijn	109
5.2.8.1	Diplomatiek of territoriaal asiel	109
5.2.8.2	Tijdelijke beschermingsrichtlijn	110
5.2.8.3	Andere vormen van bescherming dan door het Verdrag van Genève	110
5.2.8.4	Gunstiger bepalingen over opvangvoorzieningen: artikel 4 van de richtlijn	111
5.3	Beslissingen tot beperking, intrekking of weigering van materiële opvangvoorzieningen: artikel 16 van de richtlijn	112
5.3.1	Materiële opvangvoorzieningen	112
5.3.2	De gronden voor het beperken of het intrekken van materiële opvangvoorzieningen	113
5.3.2.1	Overplaatsing	113
5.3.2.2	Meldplicht	114
5.3.2.3	Geen gebruik van het geboden onderdak	115
5.3.2.4	Tweede of volgende asielaanvraag in dezelfde lidstaat	115
5.3.2.5	Verborgten houden financiële middelen (artikel 16, eerste lid, onder b, richtlijn)	118

5.3.3	Spoedig indienen asielverzoek (artikel 16, tweede lid, richtlijn)	120
5.3.4	Ernstige inbreuken op regels in de opvangcentra en ernstige vormen van geweld (artikel 16, derde lid, richtlijn)	120
5.3.5	Rechtsnormen voor besluiten over opvangvoorzieningen (artikel 16, vierde lid, richtlijn)	122
5.3.5.1	Rechtsnormen voor het overheidshandelen in het Nederlandse recht	123
5.3.5.2	Vergelijking met het sociaal zekerheidsrecht: besluit tot intrekking van het recht op bijstand	127
5.3.5.3	Specifieke situatie van kwetsbare personen en toegang tot medische noodhulp	132
5.3.6	Artikel 16, vijfde lid: beperken of intrekken van opvangvoorzieningen niet voordat een negatief besluit is genomen	134
5.4	De omzetting van artikel 21 richtlijn: rechtsbescherming in Nederland tegen opvangbesluiten	134
5.4.1	Algemene kenmerken van de rechtsbescherming tegen de overheid in Nederland	135
5.4.2	Rechtsbescherming tegen besluiten over de opvang van asielzoekers: beroep op grond van artikel 3a Wet COA	154
5.4.3	Rechtsbescherming tegen negatieve beslissingen over opvangvoorzieningen van asielzoekers op grond van artikel 16 richtlijn	159
6.	Conclusie	163
5	DE OMZETTING VAN DE OPVANGRICHTLIJN IN FRANKRIJK	169
1.	Inleiding	169
2.	De Franse asielprocedure	169
2.1	Nationale bronnen	169
2.2	Verschillende vormen van bescherming	171
2.3	Chronologisch overzicht van de asielprocedure	173
2.3.1	Toegang tot Frans grondgebied: de <i>zone d'attente</i>	173
2.3.2	Indienen van de aanvraag	175
2.3.3	Voorlopig verblijf: <i>Autorisation provisoire de séjour</i> (APS)	176
2.3.4	Versnelde asielprocedure: <i>demande d'asile en priorité</i>	177
2.3.5	Minderjarige asielzoekers: <i>mineurs isolés</i>	178
3.	Rechtsmiddelen tegen afwijzing van de asielaanvraag	179
4.	De handhaving van het vreemdelingenrecht: detentie en verwijderingsmaatregelen	180
5.	Het recht op opvangvoorzieningen	183
5.1	<i>Allocation temporaire d'attente</i>	185
5.1.1	Uitsluiting van het recht op een <i>Allocation temporaire d'attente</i>	186

5.2	<i>Le Dispositif national d'accueil</i> (DNA): opvang in centra	187
5.2.1	Historie	187
5.2.2	<i>Centres d'Accueil pour demandeurs d'asile</i> (CADA)	188
5.2.3	Bijzondere opvangcentra voor asielzoekers: <i>les dispositifs d'hébergement d'urgence</i> en de <i>Centres de transit</i>	190
6	DE OMZETTING VAN DE RICHTLIJN IN HET FRANSE RECHT	191
6.1	Inleiding	191
6.2	Wijze van omzetting	191
6.3	De doelgroep van de richtlijn (artikel 3)	193
6.3.1	Moment indienen asielverzoek en aanvang van het recht op materiële opvangvoorzieningen	193
6.3.2	Moment einde van het recht op materiële opvangvoorzieningen	195
6.3.3	Het belang van het recht op een document voor de doelgroep (artikel 6 richtlijn)	197
6.3.4	Uitsluiting bepaalde categorieën asielzoekers van materiële opvangvoorzieningen	198
6.4	Het beperken, intrekken of weigeren van materiële opvangvoorzieningen (artikel 16)	198
6.4.1	De gronden voor het beperken of intrekken van materiële opvangvoorzieningen (artikel 16, eerste lid)	200
6.4.1.1	Beperken of intrekken van de ATA	205
6.4.1.2	Beperken of intrekken van opvangvoorzieningen in de CADA	207
6.4.2	Asielverzoek zo spoedig mogelijk indienen (artikel 16, tweede lid)	205
6.4.3	Sancties (artikel 16, derde lid)	205
6.4.4	Beslissingen over opvangvoorzieningen (artikel 16, vierde lid)	206
6.4.4.1	De bevoegde organen en hun beslissingen	210
6.4.4.2	De toepasselijkheid van het bestuursrecht op besluiten over opvangvoorzieningen	210
6.4.4.3	Bronnen van algemeen bestuursrecht	211
6.4.4.4	Vormen van overheidshandelen	212
6.4.4.5	Een bijzonder besluit: de bestuurlijke sanctie	215
6.4.4.6	Bestuurlijke sanctie en artikel 6 EVRM	217
6.4.4.7	Sociaal zekerheidsrecht: intrekking bijstand	218
6.5	Rechtsmiddelen (artikel 21)	215
6.5.1	Franse rechtsbescherming	215
6.5.2	Het bestuursprocesrecht in Frankrijk	216
6.5.2.1	Organisatie en bevoegdheid van de bestuursrechter	220
6.5.2.2	Vormen van beroep	221
6.5.2.3	Belang	223

6.5.2.4	Bestuurlijke voorprocedure	223
6.5.2.5	Omvang van het geding	224
6.5.2.6	Toetsing	226
6.5.2.7	Spoedprocedures	227
6.5.2.8	Hoger beroep	228
6.5.3	De rechtsbescherming tegen besluiten over de opvangvoorzieningen in de zin van artikel 21, eerste lid, richtlijn	225
6.5.3.1	Beroep in eerste en enige aanleg tegen algemene besluiten over opvangvoorzieningen: de <i>Conseil d'Etat</i>	229
6.5.3.2	Beroep in de bodemzaak tegen individuele besluiten over opvangvoorzieningen: <i>tribunal administratif</i>	230
6.5.3.3	Beroep in spoedprocedure tegen opvangbesluiten	233
7.	Conclusie	230
6	SAMENVATTING EN CONCLUSIES	237
	SUMMARY	255
	LITERATUUR	267
	JURISPRUDENTIE	279
	ZAKENREGISTER	287
	BIJLAGE	293

1 | Probleemstelling en onderzoeksvragen

1. INLEIDING

Het asielbeleid vormt een terugkerend onderdeel van het maatschappelijk debat over immigratie in de landen van de Europese Unie. Het toenemend aantal asielzoekers in de EU en de daarmee groeiende aandacht voor dit onderwerp in de lidstaten, zijn factoren die ertoe hebben geleid dat de EU vooral het laatste decennium met grotere intensiteit aan de totstandkoming van een Europees asielbeleid heeft gewerkt. Dit beleid wordt steeds meer vertaald in regelgeving. In de eerste fase (1999-2004) van de uitvoering van titel IV van het toen geldende EG-Verdrag 'Visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen' zijn verschillende Europese richtlijnen en verordeningen tot stand gekomen. Voorbeelden zijn de Definitierichtlijn,¹ de Tijdelijke beschermingsrichtlijn,² de Dublin II Verordening³ en de Opvangrichtlijn.⁴

In de tweede fase (2005- 2010) werd het streven tot samenwerking gericht op het vormen van een gemeenschappelijk Europees asielstelsel. Dit streven heeft tot een aantal herzieningsvoorstellen geleid die als doel hadden 'een hogere graad van harmonisatie te bereiken en betere voorwaarden voor bescherming te scheppen'.⁵ Tot de voorstellen behoren bijvoorbeeld de wijzigingsvoorstellen voor de

1 Richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 betreffende minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven (*PbEG*, L 304/12).

2 Richtlijn 2001/55/EG van de Raad 20 juli 2001 betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanning van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen (*PbEG* L 212/12).

3 De Verordening (EG) Nr. 343/2003 van de Raad van 18 februari 2003 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek dat door een onderdaan van een derde land bij een van de lidstaten wordt ingediend (*PbEG* L 50/1).

4 Richtlijn 2003/9/EG van de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten (*PbEG* L 31/18). Zie voor de procedure en de documenten over de totstandkoming van de richtlijn, COM (2001) 181: http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=nl&DosId=164719.

5 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Asielbeleidsplan. Een geïntegreerde aanpak van bescherming in de hele EU. COM(2008)360.

Definitierichtlijn en de Procedurerichtlijn, en het voorstel voor de wijziging van de Opvangrichtlijn.⁶

De oprichting van het Europees ondersteuningsbureau voor asielzaken (EASO) in 2010 laat zien dat een hogere graad van harmonisatie niet alleen meer wordt nagestreefd door EU-wetgeving, maar ook door een intensievere *praktische* samenwerking tussen de lidstaten. Het EASO beoogt de lidstaten praktische hulp te bieden bij de behandeling van de asielaanvragen, bijvoorbeeld door het bieden van informatie over landen van herkomst van asielzoekers. Deze functie van het EASO wordt benadrukt in het Programma van Stockholm dat de doelstellingen in het kader van de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid voor de periode 2010-2014 beschrijft.⁷ Tot die doelstellingen behoort het voltooiën van een gemeenschappelijk Europees asielstelsel in 2012.

2. PROBLEEMSTELLING

Een veel gehanteerd instrument van EU-wetgeving is de richtlijn, die dient als bindende instructie van de EU aan de lidstaten om hun wetgeving aan de richtlijn aan te passen.⁸ Deze aanpassing heeft het streven naar harmonisatie van de nationale wetgeving tot doel, maar leidt niet zelden tot spanning met de wens van de lidstaten tot behoud van hun autonomie. Deze spanning komt onder meer tot uiting bij onderhandelingen over de totstandkoming van richtlijnen. De richtlijn, als compromis tussen beide streven, biedt vaak een mate van beslissingsvrijheid aan de lidstaten die kan leiden tot verschillen bij de omzetting van de richtlijn. In deze studie wordt onderzocht in hoeverre één van de asielrichtlijnen, de Opvangrichtlijn, op onderdelen ruimte laat voor verschillen in opvangvoorzieningen, en hoe die ruimte in Nederland en Frankrijk is gebruikt. Deze algemene probleemstelling wordt hierna toegelicht. De tekst van de Opvangrichtlijn is als bijlage in dit boek opgenomen.

3. DE KEUZE VOOR DE OPVANGRICHTLIJN

De keuze voor een studie naar de omzetting en toepassing van de Opvangrichtlijn is gemaakt omdat deze richtlijn als één van de eerste asielrichtlijnen werd vastgesteld en omgezet in de nationale wetgeving van de EU-lidstaten. De toepassing van deze richtlijn in de praktijk vindt al geruime tijd plaats en heeft tot

6 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten. COM(2008)815.

7 Als beschreven in par. 6.2, p. 32 van Het programma van Stockholm – een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger (2010/C 115/01). Het programma is een meerjarenprogramma van de Europese Raad voor de jaren 2010-2014.

8 Barents & Brinkhorst 2006, p. 186.

interessante rechtspraak geleid in de onderzochte EU-lidstaten.⁹ Bovendien hechten de lidstaten bijzonder belang aan de Opvangrichtlijn omdat de minimumnormen de verschillen in opvangvoorzieningen tussen de lidstaten kleiner maken. Het beperken van deze verschillen zou volgens het voorstel voor de Opvangrichtlijn van de Europese Commissie tot gevolg hebben dat asielzoekers minder snel het land van bestemming kiezen op basis van het niveau van de opvangvoorzieningen. De Opvangrichtlijn is volgens de lidstaten om deze reden een zeer belangrijk instrument voor een gemeenschappelijk asielbeleid.

Ten slotte was het rapport van de Europese Commissie in 2007 over de omzetting van de Opvangrichtlijn aanleiding voor deze studie. In dit rapport constateerde de Commissie dat de te ruime beslissingsbevoegdheid die de richtlijn aan de lidstaten biedt, tot verschillen in opvangvoorzieningen per lidstaat heeft geleid. Deze constatering was reden voor het voorstel van de Commissie uit 2008 tot wijziging van de richtlijn. Tot een wijziging van de richtlijn is het tot op het moment van schrijven niet gekomen. Het voorstel uit 2008 is in 2011 ingetrokken en gewijzigd in een nieuw voorstel van de Commissie dat in deze studie wordt beschreven (zie hoofdstuk III, paragraaf 4).

4. ONDERZOEKSVRAAG

Het recht op opvangvoorzieningen wordt geboden aan de asielzoeker die voldoet aan de voorwaarden van artikel 3 van de Opvangrichtlijn (doelgroep), en is van essentieel belang voor de asielzoeker die asiel aanvraagt in één van de lidstaten. Zonder deze voorzieningen zijn de meeste asielzoekers niet in staat een menswaardig bestaan te leiden tijdens de asielprocedure. Een beslissing tot het weigeren of het intrekken van opvangvoorzieningen heeft voor hen dan ook grote gevolgen. De gronden voor het nemen van deze beslissingen worden beschreven in artikel 16 van de Opvangrichtlijn. Zo kunnen op grond van deze bepaling de opvangvoorzieningen door de lidstaat worden geweigerd als de asielzoeker eerder in de lidstaat een asielaanvraag heeft gedaan. Artikel 21, eerste lid, van de Opvangrichtlijn verplicht de lidstaat tot het bieden van rechtsbescherming tegen de beslissingen over opvangvoorzieningen, waaronder in ieder geval beroep of toetsing door een rechterlijke instantie.

In deze studie wordt onderzocht welke asielzoekers onder het toepassingsbereik van artikel 3 van de richtlijn vallen en welke opvangvoorzieningen hen worden geboden. Vervolgens wordt de vraag beantwoord in hoeverre de beslissingsbevoegdheid die artikel 16 van de richtlijn aan de lidstaten biedt, in combinatie met artikel 21, eerste lid, van de richtlijn heeft geleid tot verschillen in de wettelijk-

9 Dit bijvoorbeeld in tegenstelling tot een andere en oudere richtlijn, de Tijdelijke Beschermingsrichtlijn (Richtlijn 2001/55/EG van de Raad 20 juli 2001, *PbEG* L 212/12).

ke regels en de feitelijke toepassing in Nederland en Frankrijk, en hoe deze verschillen zijn te verklaren. De keuze voor een gedetailleerd onderzoek naar de omzetting van artikel 16 van de richtlijn is gemaakt omdat deze bepaling een goed voorbeeld biedt van beslissingsbevoegdheid die volgens de Commissie kan leiden tot verschillen in opvangvoorzieningen. De lidstaat heeft immers de keuze de in artikel 16 van de richtlijn genoemde gronden al dan niet om te zetten in het nationale recht. Deze verscheidenheid aan om te zetten gronden en de voorhanden zijnde nationale rechtspraak over het onthouden van opvangvoorzieningen onderscheidt artikel 16 van andere interessante bepalingen van de richtlijn, zoals artikel 11 dat de toegang tot de arbeidsmarkt regelt en tot veel problemen heeft geleid bij de totstandkoming ervan.

De omzetting van artikel 21, eerste lid van de richtlijn in het nationale recht kan leiden tot verschillen in rechtsbescherming. Dit onderdeel biedt weliswaar geen beslissingsvrijheid, maar het beginsel van procedurele autonomie laat de lidstaten onder voorwaarden de vrijheid om het nationale procesrecht in te richten. In deze studie wordt onderzocht of de Franse en Nederlandse regels van procesrecht die gelden voor procedures over opvangbesluiten, verschillen of overeenkomen.

5. KEUZE VOOR DE LIDSTATEN

De keuze voor een vergelijking van twee landen, Nederland en Frankrijk, is bepaald door de gegeven tijd (2 ½ jaar), de beroepservaring van de onderzoeker en de omstandigheid dat het bestuursrechtelijk systeem in die twee landen goed vergelijkbaar is. Door het bestaan van een vergelijkbaar rechtssysteem zullen eventuele verschillen in de omzetting van de Opvangrichtlijn waarschijnlijk door andere factoren zijn te verklaren. Hierdoor wordt het mogelijk de verschillen in omzetting nauwkeurig te onderzoeken.

Nederland

De keuze voor het Nederlandse recht heeft te maken met de nationaliteit en afkomst van de onderzoeker en met het gegeven dat hij door werkzaamheden voor VluchtelingenWerk Nederland en daarna door middel van publicaties en onderzoekservaring uitgebreide kennis heeft opgedaan van het recht over opvangvoorzieningen van asielzoekers in Nederland. Het door de Nederlandse overheid aangewezen recht dat dient als omzetting van de richtlijn is inzichtelijk en kan om deze reden als vertrekpunt dienen voor rechtsvergelijkend onderzoek. Het Nederlandse recht omvat inmiddels ook relevante rechtspraak over beslissingen over het beperken, intrekken en weigeren van opvangvoorzieningen aan asielzoekers, en het opleggen van sancties aan hen.

Frankrijk

Een belangrijke reden voor het doen van onderzoek naar het Franse recht is dat het rechtssysteem van dit land vergelijkbaar is met het Nederlandse. De meeste overeenkomsten met Nederland zijn te verklaren uit het gegeven dat Frankrijk geldt als 'hét proefveld van het westerse constitutionele denken'¹⁰ en het Franse recht de inrichting van het Nederlandse rechtssysteem sterk heeft beïnvloed.

Een andere reden voor de keuze voor Frankrijk is de belangrijke politieke invloed die het land als grote lidstaat in de EU uitoefent op de totstandkoming van vele facetten van het EU-recht. Deze invloed geldt ook het beleidsterrein asiel. Deze invloed is niet in de laatste plaats ingegeven door het feit dat Frankrijk traditioneel tot de top drie van de EU behoort als het gaat om het aantal asielaanvragen per jaar: in 2009 had het land zelfs de meeste asielaanvragen van de EU.

In de jaren 2005 tot 2011 is daarnaast veel wet- en regelgeving over de opvangvoorzieningen van asielzoekers in Frankrijk gepubliceerd en heeft de hoogste bestuursrechter, de Conseil d'Etat, meermaals een oordeel geveld over aspecten van dit nieuwe recht. Tenslotte heeft de kennis van de auteur van de Franse taal een belangrijke rol gespeeld bij deze keuze.

Het Verenigd Koninkrijk

De keuze om een vergelijking tussen slechts twee juridisch verwante landen te maken is ten koste gegaan van een onderzoek naar het recht van (bijvoorbeeld) het Verenigd Koninkrijk omdat dit recht op meer punten dan het Franse recht afwijkt van het Nederlandse rechtssysteem. Dit blijkt onder meer uit het verschil in de staatrechtelijke organisatie met Nederland. Te wijzen valt op het ontbreken van een geschreven grondwet, het bestaan van een speciale asielrechter (Asylum Support Adjudicator) die recht spreekt over geschillen over opvangvoorzieningen en de specifieke plaats die de rechtspraak in het rechtssysteem van het Verenigd Koninkrijk inneemt. De *common law of England*, het bijzondere systeem van jurisprudentieel gewoonterecht, heeft onder meer betekenis voor de procedure van wetgeving in het Verenigd Koninkrijk.

De Bondsrepubliek Duitsland

Ondanks het feit dat het Nederlandse en het Duitse rechtssysteem op elkaar lijken, is ook geen onderzoek gedaan naar de omzetting van de richtlijn in de Bondsrepubliek Duitsland. De belangrijkste reden is dat de asielwetgeving onderdeel is van de *konkurrierende Gesetzgebung*:¹¹ dit heeft tot gevolg dat de *Länder* bevoegd zijn tot wetgeving voor zover dit niet op federaal niveau dient te ge-

¹⁰ Prakke & Kortmann 2009, p. 267.

¹¹ Artikel 72 en 74 paragraaf 1, nummer 6 van de Duitse Grondwet.

schieden. De asielprocedure en het recht op opvangvoorzieningen voor asielzoekers behoren tot de federale verantwoordelijkheid: belangrijke regelgeving over opvangvoorzieningen voor asielzoekers die op federaal niveau is opgesteld, is het *Asylbewerberleistungsgesetz*.¹² De Länder kunnen deze door de Bond opgestelde wetgeving dus zelf toepassen. Bovendien hebben de Länder zelfstandige regelende bevoegdheid ten aanzien van de huisvesting van asielzoekers voor zover het bijvoorbeeld gaat over het opzetten van opvangcentra voor asielzoekers en het organiseren van het bieden van de opvangvoorzieningen aan de asielzoekers. De Länder hebben om deze reden ook voor een belangrijk deel een zelfstandige bevoegdheid de Opvangrichtlijn in eigen regelgeving om te zetten. Deze vrijheid in combinatie met het gegeven dat het Duitse recht geen standaard normen biedt voor materiële opvangvoorzieningen van asielzoekers in Duitsland, heeft tot gevolg dat die normen per Land en zelfs in het land zelf, aanzienlijk kunnen verschillen. Dit maakt een vergelijking van Duitsland als eenheid moeilijker.

België

Ook het Belgische rechtssysteem laat zich vergelijken met het Nederlandse maar evenals voor de Bondsrepubliek geldt, maakt een aantal factoren een vergelijkend onderzoek naar de omzetting van de richtlijn in het Belgische recht lastig. Zo behoort het beleidsterrein opvang van asielzoekers in België deels tot de bevoegdheid van de Federatie en deels tot de bevoegdheid van de deelstaten. Bij de omzetting van aspecten van de opvangrichtlijn die tot de bevoegdheid van het federale beleidsniveau behoren, zijn vier verschillende ministers en federale overheidsdiensten betrokken. Er is geen gezamenlijk wetgevend initiatief op federaal niveau genomen om de richtlijn om te zetten, zodat een versnipperde omzetting van de richtlijn heeft plaats gevonden.

6. DEELVRAGEN

De volgende onderzoeksvragen worden in dit boek beantwoord om een zo volledig mogelijk beeld te schetsen van de verschillen en de overeenkomsten bij de omzetting van de twee centrale bepalingen uit de Opvangrichtlijn, in het nationale recht:

1. Welke normen van Europees recht gelden voor besluiten die in het kader van artikel 16 richtlijn (gronden voor het beperken of intrekken van de materiële opvangvoorzieningen) worden genomen, en voor de rechtsbescherming die op grond van artikel 21, eerste lid van de richtlijn tegen deze besluiten open dient te staan?

¹² AsylbLG 5.8.1997, *Bundesgesetzblatt* I, p. 2022 en 19.8. 2007, *Bundesgesetzblatt* I, p. 1970.

2. Zijn de artikelen 3 (doelgroep), 16 en 21, eerste lid van de richtlijn omgezet in het nationaal recht van Nederland en Frankrijk, en zo ja op welk niveau in de normenhiërarchie van de lidstaten heeft deze omzetting plaats gevonden?
3. Is de omzetting in overeenstemming met de normen van Europees recht?
4. Zijn er overeenkomsten en verschillen tussen het Nederlandse en het Franse recht ten aanzien van de bepalingen die dienen ter omzetting van artikel 3 en artikel 16 van de richtlijn?
5. Hoe zijn de overeenkomsten en verschillen te verklaren?
6. Zijn er overeenkomsten en verschillen tussen het Nederlandse en het Franse recht ten aanzien van de bepalingen die dienen ter omzetting van de in artikel 21, eerste lid van de richtlijn beschreven plicht tot het bieden van rechtsbescherming tegen negatieve beslissingen over opvangvoorzieningen in de zin van artikel 16 van de richtlijn?
7. Hoe zijn de mogelijke overeenkomsten en verschillen te verklaren?

7. PLAN VAN BEHANDELING

Om de onderzoeksvragen systematisch te kunnen beantwoorden, wordt in hoofdstuk II eerst het Europees recht beschreven dat relevant is voor de werking van de richtlijn. De EU-Verdragen, de algemene (rechts)beginselen van EU-recht, het fundamentele recht op effectieve rechtsbescherming, en de rechtspraak van het EHRM over artikel 6 van het EVRM komen aan bod.

In hoofdstuk III wordt de rechtsgrondslag en de totstandkoming van de richtlijn beschreven en wordt aandacht besteed aan de materiële opvangvoorzieningen (artikel 2, onder j), de doelgroep van de richtlijn (artikel 3), de gronden voor het beslissen tot intrekking, weigering of beperking van de materiële opvangvoorzieningen en de eisen aan deze beslissingen (artikel 16), en de voorwaarden van rechtsbescherming tegen deze beslissingen (artikel 21).

De daarna volgende hoofdstukken beschrijven het recht dat dient ter omzetting van voornoemde bepalingen van de richtlijn in Nederland (hoofdstuk IV) en Frankrijk (hoofdstuk V). Deze hoofdstukken bieden een overzicht van de asielprocedure en het rechtskader voor de opvang van asielzoekers in die landen. Het laatste hoofdstuk (VI) bevat op basis van een vergelijking van de uitkomsten voor beide landen, het antwoord op de onderzoeksvragen, en de conclusies.

2 | EU-recht

1. INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt het primaire EU-recht beschreven dat de rechtsgrondslag vormt voor de in dit boek centraal staande Opvangrichtlijn, en ook voorwaarden biedt voor de omzetting en de werking van deze richtlijn in de onderzochte lidstaten. Het voor de toepassing van de richtlijn relevante *primaire* EU-recht bestaat uit bepalingen van de EU-Verdragen, de algemene (rechts)beginselen, het EU Handvest van de Grondrechten en bepalingen van internationaal recht.

Het bijzondere belang van de algemene beginselen van het EU-recht voor de inrichting en de normering van het nationale (bestuursproces)recht wordt in paragraaf 2 beschreven. Het leerstuk van de doorwerking van het EU-recht in de nationale rechtsorde wordt belicht om vast te kunnen stellen of bepalingen van de Opvangrichtlijn voor de nationale rechter kunnen worden ingeroepen, en de rechter verplicht is deze bepalingen toe te passen (paragraaf 3). Belangrijke waarborgen voor de rechtsbescherming die uit de algemene beginselen van het EU-recht voortvloeien komen in paragraaf 4 aan bod, gevolgd door een beschrijving van de rechtspraak van het EHRM over de toepassing van artikel 6 van het EVRM, die bijzondere betekenis heeft voor het EU-recht (paragraaf 5). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

2. DE EU-VERDRAGEN EN DE FUNCTIES VAN ALGEMENE BEGINSELEN

De Europese Unie (EU) is gebaseerd op de rechtsstaatgedachte, de ‘*Rule of Law*’,¹ die volgens rechtspraak en literatuur over het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG-Verdrag)² inhoudt dat het handelen van de instellingen van de EU verenigbaar dient te zijn met dat Verdrag. Sinds de inwerking-treding van het Verdrag van Lissabon in 2007 is het EG-Verdrag gewijzigd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)³ dat evenals het

1 Zie bijvoorbeeld De Zwaan 1998.

2 Zaak 294/83, *Les Verts*, Jur. 1986, p. 1339; Zaak C-2/88 *Imm. Zwartveld*, Jur. 1990, p. I-3365/4405.

3 Het Verdrag van Lissabon wijzigde het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en het Verdrag betreffende de Europese Unie (*PbEG* C 306). Geconsolideerde versie van 9 mei 2008 (*PbEU* 2008, C 115/01). Zie over deze wijzigingen Barents 2008.

door middel van het Verdrag van Lissabon gewijzigde Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) kan worden beschouwd als de constitutionele basis van de Europese rechtsorde.⁴ Het Handvest van de Grondrechten behoort sinds deze wijzigingen ook tot het primaire Unierecht. Het VWEU biedt de rechtsbasis voor maatregelen ten aanzien van opvangvoorzieningen van asielzoekers (zie hoofdstuk III).

Het VEU kent enkele bepalingen die belangrijke algemene beginselen van EU-recht verwoorden. De algemene beginselen⁵ beheersen het EU-recht in belangrijke mate en zijn uitvoerig in de literatuur beschreven. Widdershoven⁶ verdeelt deze beginselen in functies. Een eerste groep beginselen met voornamelijk een *waarborgfunctie* bestaat uit de algemene rechtsbeginselen zoals de beginselen van behoorlijk bestuur, fundamentele vrijheden en mensenrechten, maar ook beginselen van behoorlijke rechtsbescherming. De tweede groep bestaat volgens Widdershoven's onderverdeling uit beginselen met een voornamelijk *rechtspolietiek-strategische* functie die bepalend zijn voor de verhouding tussen het EU-recht en dat van de lidstaten, zoals het voorrangsbeginsel, het beginsel van loyale samenwerking (gemeenschapstrouw) en het subsidiariteitsbeginsel, of hebben een meer (rechts)economische inslag, zoals het beginsel van vrij verkeer. De derde categorie heeft in het bijzonder een *interpretatieve functie* en omvat onder meer het evenredigheidsbeginsel als maatstaf bij het concretiseren van het beginsel van loyale samenwerking op het terrein van handhaving.

In dit boek wordt deze overzichtelijke indeling gevolgd, maar de rechtspolietiek-strategische functie van de beginselen wordt als vertrekpunt genomen, waarna de uitwerking van het EU-recht in de lidstaten aan de hand van de overige genoemde functies in kaart wordt gebracht.

2.1 De rechtspolietiek-strategische functie: leidende algemene beginselen

De EU-Verdragen vormen een eigen rechtsorde die in de rechtsorden van de lidstaten is opgenomen⁷ en voorrang heeft boven elk daarmee strijdig nationaal recht van de lidstaten.⁸ Ingevolge dit beginsel van voorrang van het Unierecht zijn de lidstaten volgens het Hof van Justitie niet vrij te bepalen of, en onder welke voorwaarden, het EU-recht binnen hun grondgebied van toepassing is.

Het beginsel van Unietrouw of het beginsel van loyale samenwerking is neergelegd in artikel 4, derde lid van het VEU⁹ dat de lidstaten verplicht alle algemene en bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming

4 Over het Verdrag van Lissabon onder anderen Meeusen, Straetmans & Van den Bosch 2008; Jacobs 2008, p. 320-329; Barkhuysen e.a. 2008, 34, p. 2145-2152.

5 Voor een uitgebreide beschrijving, zie Groussot 2006.

6 Meer specifiek: Widdershoven 2004, p. 293.

7 Zaak 26/62, *Van Gend en Loos*, *Jur.* 1963, p. 3; Zaak 6/64, *Costa/Enel*, *Jur.* 1964, p. 1255.

8 Zaak 106/77, *Sinmenthal*, *Jur.* 1978, p. 629

9 Artikel 10 van het EG-Verdrag (oud).

van de uit de Verdragen of uit secundair EU-recht voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. De lidstaten steunen elkaar bij het vervullen van deze taak, respecteren de Unie, en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unieverdragen in gevaar kunnen brengen. Het beginsel heeft een ruim toepassingsbereik: het geldt bijvoorbeeld in de verhouding tussen de lidstaten onderling of tussen de lidstaten en de Unie, maar heeft ook betekenis voor de nationale rechter en voor bestuursorganen.¹⁰

Het subsidiariteitsbeginsel is voor het eerst gecodificeerd in het Verdrag van Maastricht en wordt sinds het in werking treden van het Verdrag van Lissabon omschreven in artikel 5 van het VEU. Deze bepaling schrijft voor dat de EU op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, volgens het subsidiariteitsbeginsel slechts optreedt indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden, beter door de Unie kunnen worden gerealiseerd.¹¹ De bevoegdheid tot optreden van de EU waarop het subsidiariteitsbeginsel ziet, wordt in beginsel gekenmerkt door een grote beleids- en beoordelingsruimte die door de rechter dan ook marginaal wordt getoetst.¹² Artikel 5 van het VEU bevat tevens het evenredigheidsbeginsel dat inhoudt dat het optreden van de EU niet verder (gaat) dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken. Het beginsel zou ook in het voornoemde rijtje kunnen worden opgenomen, maar heeft volgens Widdershoven een meer interpretatieve functie (zie hierna).

2.2 De waarborgfunctie: het beginsel van de procedurele autonomie, het gelijkwaardigheidsbeginsel, het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming

De lidstaten kunnen zelf bepalen welke procedures van rechtsbescherming van toepassing zijn op rechtstvorderingen die ertoe strekken de aan het Unierecht ontleende rechten te beschermen, en hoe deze procedures worden ingericht. Dit beginsel van procedurele autonomie brengt met zich dat, voor zover het EU-recht niet anders bepaalt, het nationale procesrecht ten aanzien van deze vorderingen van toepassing is. Het beginsel van procedurele autonomie heeft vanwege de bestaande verschillen in dit nationale recht tot gevolg dat de doorwerking van het EU-recht een intrinsiek gebrek aan uniformiteit kent. Dit gebrek wordt echter gerelativeerd door vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie¹³ over het gelijk-

10 Zaak C-453/00, *Kühne & Heitz*, *Jur.* 2004, p.I-00837.

11 Over voorstellen over de wijze waarop in Nederland onder de huidige Verdragen invulling gegeven kan worden aan de subsidiariteitstoets zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2005/06, 30 389, nr.1; zie over de subsidiariteitstoets: *Kamerstukken II* 2009/10, 30 389, nr. 6.

12 Zaak C-233/94, *BRD tegen EP en Raad*, *Jur.* 1997, p. I-2045.

13 O.a. Zaak 33/76, *Rewe*, *Jur.* 1976, p. 1989.

waardigheidsbeginsel, het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Deze beginselen verbinden voorwaarden aan het beginsel van procedurele autonomie en hebben volgens Widdershoven een waarborgfunctie.

Het gelijkwaardigheidsbeginsel houdt in dat de regels die van toepassing zijn op geschillen die gaan over de vaststelling van 'Europese rechten', niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden.¹⁴ Het effectiviteits- of doeltreffendheidsbeginsel bevat de voorwaarde dat deze regels de uitoefening van de door het EU-recht verleende rechten niet nageen onmogelijk of uiterst moeilijk maken.¹⁵

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is een nadere uitwerking van het effectiviteitsbeginsel en is in rechtspraak van het Hof van Justitie tot wasdom gekomen. De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in dit proces tot op heden als bron gediend voor de uitleg¹⁶ van het beginsel van effectieve rechtsbescherming en de toetsing aan dit beginsel.¹⁷ De grondslag voor het beginsel van effectieve rechtsbescherming ligt volgens het Hof van Justitie van de EU in het beginsel van loyale samenwerking en in de artikelen 6 en 13 van het EVRM. Het Hof van Justitie oordeelt in vaste rechtspraak dat onder andere in deze bepalingen het beginsel van effectieve rechtsbescherming is neergelegd.¹⁸ Op grond van het beginsel van loyale samenwerking dienen de lidstaten ervoor zorg te dragen dat particulieren alle rechten die zij aan het EU-recht ontleunen op effectieve wijze moeten kunnen afdwingen. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is een fundamenteel beginsel¹⁹ dat in artikel 47 van het tot het primaire Unierecht behorende Handvest voor de Grondrechten is gecodificeerd.

14 Zaak C-261/95, *Palmisani*, Jur. 1997, p. I-4025 over de onduidelijkheid ten aanzien van het begrip 'vergelijkbare nationale vordering'.

15 De 'Rule of reason' vormt vanuit het perspectief van de lidstaten een garantie tegen al te vergaande en onredelijke inbreuken op de procedurele autonomie. Deze regel houdt een afweging in van de (nationale) procedurele autonomie tegenover het effectiviteitsbeginsel volgens het EU-recht. Over deze afweging: gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel en Van Veen*, Jur. 1995, p. I-4705. Ook zaak C-312/93, *Peterbroeck*, Jur. 1995, p. I-4599.

16 Bijvoorbeeld C-94/00, *Roquette Frères*, Jur. 2002, p. I-9011 en zaak C-60/00, *Carpenter*, Jur. 2002, p. I-6279 (art. 8 EVRM). Zaak C-112/00, *Schmidberger*, Jur. 2003, p. I-5659, AB 2003, 377 m. nt. AdMvV (art. 10 en 11 EVRM). Zie voor rechtspraak in dit kader eveneens: Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 22. Zie voor een mooi overzicht van de relatie tussen de rechtspraak van het EHRM en die van het Hof van Justitie: Guy Harpaz, p. 105-141, 2009.

17 Zaak 276/01, *Steffensen*, Jur. 2003, p. I-3735, AB 2003, 310, m.nt. AdMvV.

18 Het Hof van Justitie oordeelt in vaste rechtspraak dat onder andere in deze bepalingen het beginsel van effectieve rechtsbescherming is neergelegd: zaak 222/84, *Johnston*, Jurispr. 1986, p. 1651; zie ook zaken 222/86, *Heylens*, Jurispr. 1987, p. 4097 en C-97/91, *Borelli*, Jurispr. 1992, p. I-6313.

19 Bijvoorbeeld zaak C-185/97, *Coote*, Jur. 1998, p. I-5199.

Het beginsel heeft enerzijds een formeel aspect dat de mogelijkheid van een effectieve toegang tot de rechter voorschrijft²⁰ en anderzijds een materieel aspect dat inhoudt dat deze rechtsgang inhoudelijk zo moet zijn ingericht dat aan het EU-recht ontleende rechten daadwerkelijk geëffectueerd kunnen worden.²¹ De rechtspraak over het materiële aspect spitst zich met name toe op de effectiviteit van rechtsmiddelen die de burger ter beschikking staan om zijn rechten af te kunnen dwingen.²² Een voorbeeld vormt de zaak *Borelli*²³ waarin het Hof van Justitie onder verwijzing naar artikelen 6 en 13 van het EVRM besliste dat de eis van rechterlijke controle van elk besluit van een nationale autoriteit een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is. Enkele andere rechten en plichten die uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming voortvloeien, zoals de eis dat onder voorwaarden de nationale rechter bevoegd moet zijn een voorlopige voorziening te treffen, komen in paragraaf 4.4.1 aan bod.

2.3 Interpretatieve functie: algemene rechtsbeginselen ter normering van het overheidshandelen en als toetsingsgrond voor de rechter

De grondslag voor de toepassing van algemene rechtsbeginselen in de rechtsorde van de EU is artikel 19 van het VEU²⁴ dat bepaalt dat het Hof van Justitie de eerbiediging van het recht (waartoe ook de rechtsbeginselen behoren) bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen van de Unie verzekert. Het Hof heeft een aantal algemene rechtsbeginselen van EU-recht erkend, zoals het evenredigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van ongerechtvaardigde verrijking, het verdedigingsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het beginsel van behoorlijk bestuur²⁵ (*principle of good administration*) en beginselen als *ne bis in idem* en *nulla poena sine lege*. Deze rechtsbeginselen hebben volgens Widdershoven een *interpretatieve functie* en zijn gebaseerd op de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en op de internationale mensenrechtenverdragen (in het bijzonder het EVRM) waarbij de lidstaten zijn aangesloten. De beginselen komen voort uit de gemeenschappelijke kenmerken van de betrokken nationale rechtsorden²⁶ en dienen als belangrijk (normatief) instrument om oplossing te brengen ingeval van problemen

20 Zaak 222/84, *Johnston*, *Jur.* 1986, p. 1651.

21 Widdershoven 1996, p. 113.

22 Bijvoorbeeld zaak C-213/89, *Factortame*, *Jur.* 1990, p. I-2433.

23 Zaak C-97/91, *Borelli*, *Jur.* 1992, p. I-6313.

24 Zie artikel 220 van het EG-Verdrag (oud).

25 Zie Usher 1998, p. 100-120 over dit beginsel.

26 Zie bijvoorbeeld de gevoegde zaken 7/56 en 3-7/57, *Algera*, *Jur.* 1957, p. 87, waarin het Hof van Justitie oordeelde dat het Hof 'gehouden is dit vraagstuk op te lossen aan de hand van de regels, welke in de wetgeving, de wetenschap en de rechtspraak der deelnemende landen zijn aanvaard'.

die zich voordoen als gevolg van het relatief korte bestaan van het EU-recht.²⁷ De beginselen worden door het Hof van Justitie gehanteerd ter interpretatie van vage termen, als aanvulling op het EU-recht indien dit recht geen toepasselijke regel kent, en als rechterlijke toetsingsgrond van nationaal overheidshandelen²⁸ en van handelen door de instellingen van de EU.²⁹ De lidstaten zijn aan de beginselen van EU-recht gebonden, in alle gevallen waarin zij binnen de werkingssfeer van het EU-recht handelen en dat recht toepassen in individuele gevallen.

2.4 De grondrechten: Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie

De grondrechten vormen volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie een aparte categorie van algemene rechtsbeginselen,³⁰ hoewel zij formeel geen rechtsbeginselen zijn. Het Hof heeft meerdere grondrechten erkend, waaronder het recht op toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces.³¹ De algemene rechtsbeginselen waaronder de grondrechten zijn vervat in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie³² dat opnieuw werd afgekondigd in 2007 zoals dit ook al in 2000 bij de top van Nice was gedaan. Het Handvest bevestigt volgens zijn preambule de rechten die met name voortvloeien uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities en internationale verplichtingen van de lidstaten, uit het EU-verdrag, het EVRM, uit de door de EU en de Raad van Europa aangenomen sociale handvesten, en uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie en van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het Handvest was (en is) dus een weerslag van de algemene beginselen van EU-recht en was daarmee reeds bindend.³³ Het Handvest is in EU-verband van toenemend belang gebleken: de voorzitters van het Europees Parlement en de Commissie verklaarden dat zij het Handvest in zijn geheel zouden toepassen, terwijl het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie steeds vaker naar het Handvest verwezen.³⁴

De ondertekening op 13 december 2007 van het Verdrag van Lissabon³⁵ en de bekrachtiging ervan door de lidstaten hebben ervoor gezorgd dat het Handvest

27 Zie hierover Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2007, p. 115.

28 Dit betekent dat ook wetgeving in formele zin aan de communautaire rechtsbeginselen wordt getoetst. In Nederland is dit van betekenis in verband met art. 120 Gw (zie HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469).

29 Zie Toth 2000, p. 76.

30 Deze kwalificatie hanteert het Hof van Justitie voor het eerst in zaak 29/69, *Stauder*, *Jur.* 1969, p. 419.

31 Een voorbeeld is zaak C-276/01, *Steffensen*, *Jur.* 2003, p. I-3735, *AB* 2003, 310, m.nt. AdMvV.

32 PbEU 2007, C 303/01.

33 Zie Groussot 2006, p. 111.

34 Resp. bijvoorbeeld zaak T-54/99 *Max Mobil*, *Jur.* 2002, p. II-313 en zaak C-540/03, *Parlement tegen Raad*, *Jur.* 2006, r.o. 37, *JV* 2006/313, m.nt. Boeles.

35 Geconsolideerde versie van 9 mei 2008. *PbEU* 2008, C 115/01.

alsnog volledig bindende rechtskracht heeft gekregen omdat artikel 6, eerste lid van het VEU nu voorschrijft: 'De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft. De bepalingen van het Handvest houden geenszins een verruiming in van de bevoegdheden van de Unie zoals bepaald bij de Verdragen. De rechten, vrijheden en beginselen van het Handvest worden uitgelegd overeenkomstig de algemene bepalingen van titel VII van het Handvest betreffende de uitlegging en toepassing ervan, waarbij de in het Handvest bedoelde toelichtingen, waarin de bronnen van deze bepalingen vermeld zijn, terdege in acht genomen worden.' Het Hof van Justitie heeft nadien nadrukkelijk naar het Handvest verwezen.³⁶ Het is in dit verband aannemelijk dat het in artikel 18 van het EU-Handvest van de grondrechten neergelegde recht op asiel een steeds grotere rol zal spelen bij de uitleg van de Opvangrichtlijn. Zo zou het Hof van Justitie een te ruime interpretatie van artikel 16 van de richtlijn in strijd kunnen achten met het in artikel 18 van het EU-Handvest van de grondrechten neergelegde recht op asiel. Het belang van het recht op asiel voor de richtlijn blijkt ook uit preambule 5 van de richtlijn dat naar artikel 18 van het Handvest verwijst. In hoofdstuk V is verder beschreven dat de Franse Conseil d'Etat in nationaal verband oordeelt dat het recht op opvangvoorzieningen een afgeleide is van het in de Franse grondwet neergelegde recht op asiel. Een gevolg is dat ook het recht op opvang met grondwettelijke waarborgen wordt omkleed.

Het bijzondere belang van het EVRM voor het EU-recht blijkt uit de overige onderdelen van artikel 6 van het VEU. Het tweede lid bepaalt dat de Unie toetreedt tot het EVRM zonder dat die toetreding de bevoegdheden van de Unie wijzigt,³⁷ terwijl het derde lid van artikel 6 voorschrijft dat de grondrechten zoals zij worden gewaarborgd door het EVRM en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Unie.

3. VOORRANG EN DOORWERKING VAN HET EU-RECHT

3.1 Rechtstreekse werking

Het hiervoor beschreven beginsel van voorrang van het EU-recht is van betekenis voor de beide wijzen waarop doorwerking van het EU-recht in het nationaal

³⁶ Bijvoorbeeld: Zaak C-403/09 PPU, *Deticek*, Jur. 2009.

³⁷ Zie voor de gevolgen van deze bepaling onder meer de ontwerpresolutie van het Europees Parlement over de institutionele aspecten van de toetreding van de Europese Unie tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (2009/2241(INI)) van 2 februari 2010.

bestuursrecht kan plaatsvinden:³⁸ door middel van rechtstreekse werking van het EU-recht en door de plicht tot EU-recht conforme interpretatie en toepassing van het nationale recht. Gezien het specifieke onderwerp van dit boek, wordt kort ingegaan op de wijze van doorwerking van bepalingen van *richtlijnen* in het nationale recht. Een bepaling van EU-recht heeft rechtstreekse werking als deze door particulieren in de nationale rechtsorde en in het bijzonder voor de nationale rechter kan worden ingeroepen, en de rechter verplicht is deze toe te passen.³⁹ De bepaling van EU-recht dient dan naar de inhoud voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk te zijn om rechtstreeks te kunnen werken. Het Hof van Justitie stelt in het van Gend en Loos arrest nadere voorwaarden aan de rechtstreekse werking.⁴⁰ Er moet sprake zijn van een duidelijk bepaalde verplichting voor lidstaten; de verplichting is niet van enig voorbehoud afhankelijk gesteld; nadere rechtshandelingen van de instellingen van de EU of van de lidstaten zijn niet nodig om de verplichting te kunnen naleven; geen beleidsvrijheid mag aan de lidstaten zijn gelaten bij de uitvoering van de verplichting.⁴¹ Indien een bepaling van EU-recht een ruime keuzemogelijkheid voor de lidstaten biedt, zal niet snel sprake zijn van rechtstreekse werking. Als een keuzeruimte echter volledig is benut, kan een op zich niet rechtstreeks werkende bepaling hierdoor weer wel rechtstreekse werking krijgen.⁴² Verder moet worden bedacht dat indien een bepaling een discretionaire bevoegdheid bevat, dit niet automatisch betekent dat die bepaling in rechte niet inroepbaar is. In beginsel is immers geen enkele overheidsbevoegdheid volledig vrij.

Ten slotte dient te worden vermeld dat ook de algemene beginselen van EU-recht rechtstreeks werken binnen de werkingssfeer van het EU-recht.⁴³

De voorwaarden voor de mogelijke rechtstreekse werking van het EU-recht gelden ook voor de werking van richtlijnbeoordelingen in de lidstaten: de bepalingen van de richtlijn die gelet op de bewoordingen en op het doel en de aard van de richtlijn een duidelijke en nauwkeurig omschreven verplichting inhouden voor welke uitvoering en werking geen verdere handeling is vereist, hebben

38 Dit boek beperkt zich tot de doorwerking in het nationaal bestuursrecht omdat de omzetting van de opvangrichtlijn in het nationale recht met name door bestuursrechtelijke wettelijke voorschriften plaatsvindt.

39 Zaak C-72/95, *Kraaijeveld*, *Jur.* 1996, p. I-5403 (toets rechter handelen wetgever). Zaak C-127/02, *Kokkelvisserij*, *Jur.* 2004, p. I-7405 (toets handelen bestuursorgaan).

40 Zaak 26/62, *Van Gend & Loos*, *Jur.* 1963, p. 3. Deze voorwaarden uit 1963 gelden tot op heden, maar zijn nadien afgezwakt.

41 Jans 2002, p. 93 e.v. ABRvS 27 maart 2002, *AB* 2002, 419 en ABRvS 24 juli 2002, *LJN*: AE5779 bieden inzicht in een verschil van inzicht binnen de Afdeling dat ontstond naar aanleiding van de vraag of artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn rechtstreekse werking heeft.

42 Zaak C-441/99, *Charehveran*, *SEW* 2002, Vol. 9, p. 349-351.

43 Bijvoorbeeld zaak C-442/00, *Caballero*, *Jur.* 2002, p. I-11915.

rechtstreekse werking als de implementatietermijn is verstreken.⁴⁴ Bij richtlijnen is rechtstreekse werking een (vaak voorkomende) uitzondering.⁴⁵

De doorwerking van de richtlijnbeeping in het nationale recht vindt primair plaats door nationale implementatieregelgeving bij of krachtens de wet, die voor het verstrijken van de implementatietermijn dient te zijn gepubliceerd. Een particulier kan in beginsel alleen rechten ontleen aan of verplicht worden door de richtlijnbeeping als deze in het nationale recht van de lidstaat zijn omgezet.⁴⁶ De vaststelling of een richtlijnbeeping voldoet aan de voorwaarden voor rechtstreekse werking is van belang als de richtlijn niet, niet tijdig of niet correct in nationaal recht is geïmplementeerd,⁴⁷ maar ook ingeval van tijdige en correcte omzetting indien het met de richtlijn beoogde resultaat niet daadwerkelijk wordt bereikt. De formele wetgever heeft primair de bevoegdheid te bepalen op welke wijze de implementatie geschiedt. De lidstaten hebben dus een keuzevrijheid ten aanzien van de vorm en de middelen om het verplichte resultaat te realiseren.⁴⁸ Deze vrijheid is echter relatief omdat de omzetting van een richtlijn volgens Europees recht wetgeving van goede kwaliteit vereist.⁴⁹ Dit houdt in dat in beginsel algemeen verbindende regels van nationaal recht tot stand dienen te worden gebracht.⁵⁰ Op grond van vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie is voor de omzetting van een richtlijn niet noodzakelijkerwijs vereist dat de bepalingen ervan formeel en letterlijk in een uitdrukkelijke, specifieke wettelijke bepaling worden overgenomen. Om de volledige toepassing van richtlijnen rechtens en niet alleen feitelijk te verzekeren, moeten de lidstaten wel zorgen voor een duidelijk wettelijk kader op het betrokken gebied.⁵¹ Het Hof van Justitie oordeelt dat de omzetting van richtlijnbeeping door middel van een circulaire aan overheidsdiensten niet aan de eis van wetgeving van goede kwaliteit voldoet.⁵²

In geval van voornoemde gebreken in de implementatie van een richtlijn bestaat de mogelijkheid de lidstaat aansprakelijk te stellen voor schade die is ontstaan als gevolg van onjuiste toepassing van EU-recht of nationaal recht.⁵³ Deze mogelijkheid werkt – wat het resultaat betreft – als een aanvulling voor rechtstreekse werking en richtlijnconforme interpretatie (zie paragraaf 3.2).

44 Zaak 41/74, *Van Duyn*, *Jur.* 1974, p. 1337.

45 Lauwaars & Timmermans 2003, p. 110.

46 Zaak 222/84, *Johnston*, *Jur.* 1986, p. 1651, pt. 15.

47 Zaak 270/81, *Felicitas*, *Jur.* 1982, 02771, pt. 24.

48 Zaak 60/01, *Commissie tegen Frankrijk*, *Jur.* 2002, p. I-5679, pt. 24, 25 en 29.

49 Zaak 162/99, *Commissie tegen Italië*, *Jur.* 2001, p. I-541.

50 Zaak 97/81, *Commissie tegen Nederland*, *Jur.* 1982, p. 1819.

51 Zaak C-361/88, *Commissie tegen Duitsland (ta-Luft)*, *Jur.* 1991, p. I-2567.

52 Zaak C-9/92, *Commissie tegen Griekenland*, *Jur.* 1993, p. I-4467, r.o. 20 en zaak C-433/93, *Commissie tegen Duitsland*, *Jur.* 1995, p. I-2303, r.o. 20 e.v.

53 Gevoegde zaken C-6/90 en C9/90, *Francovich*, *Jur.* 1991, p. I-5357; gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur en Factortame*, *Jur.* 1996, p. I-1029; gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, *Dillenkofer*, *Jur.* 1996, p. I-4845.

3.2 EU-rechtconforme interpretatie

Ook als geen beroep kan worden gedaan op rechtstreeks werkend EU-recht, heeft de rechter een inspanningsverplichting om het nationale recht zoveel mogelijk in het licht van bewoordingen en het doel van de bepaling van het EU-recht uit te leggen: deze uitleg staat bekend als de EU-rechtconforme interpretatie. Deze plicht is opgelegd in de rechtspraak van het Hof van Justitie⁵⁴ en vindt zijn huidige grondslag in artikel 4, derde lid van het VEU.⁵⁵ De uitleg van het nationale recht dient conform deze plicht in overeenstemming te zijn met de Unieverdragen, de algemene beginselen van het EU-recht en het internationaal recht.⁵⁶

In de praktijk speelt de conforme uitleg voornamelijk een rol bij de interpretatie van richtlijnbepalingen of bij de reparatie van foutieve omzetting in het nationale recht van richtlijnbepalingen.⁵⁷ In dit verband dient te worden bedacht dat niet alleen de ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde bepalingen conform de richtlijn moeten worden uitgelegd: elke bepaling van nationaal recht moet zo nodig conform de richtlijn worden uitgelegd.⁵⁸

De rechter dient te zoeken naar alle bestaande uitlegmogelijkheden van het nationale recht. Voor zover dit recht het 'mogelijk maakt om een bepaling van de nationale rechtsorde aldus uit te leggen dat een conflict met een andere bepaling van nationaal recht wordt vermeden of om met dit doel de strekking van die bepaling te beperken door haar slechts toe te passen voor zover zij met die andere bepaling verenigbaar is, is de (nationale) rechter verplicht dezelfde methode te gebruiken om het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken'.⁵⁹

Deze conforme interpretatie van het nationale recht kan onder andere problemen opleveren als het verschil tussen nationale en Europese regelgeving groter is. De kans dat de rechter op de stoel van de wetgever of het bestuur gaat zitten, wordt daarmee immers groter. In algemene zin moet worden opgemerkt dat de conforme interpretatie als correctief op het nationale recht strijd kan opleveren met het rechtszekerheidsbeginsel indien de conforme interpretatie *praeter legem* of *contra legem* plaatsvindt. In de literatuur wordt aangenomen dat de nationale bestuursrechter in beginsel niet is gehouden tot een dergelijke toepassing van conforme interpretatie. In de Nederlandse situatie is volgens de Afdeling

54 Zaak 14/83, *Von Colson en Kamann*, *Jur.* 1984, p. 1891.

55 Artikel 10 van het EG-Verdrag (oud).

56 Zaak C-165/91, *Munster*, *Jur.* 1994, p. I-4661 (uitleg conform bepalingen van het EG-Verdrag), gevoegde zaken C-465/00, C-138/01 en C-139/01, *Rechnungshof*, *Jur.* 2003, p. I-4989 en C-105/03, *Pupino*, *Jur.* 2005, p. I-5285 (art. 8 resp. art. 6 EVRM conforme uitleg).

57 Zie over de mogelijkheden en grenzen van richtlijnconforme uitleg: Weber 2010.

58 Zaak C-106/89, *Marleasing*, *Jur.* 1990, p. I-4135. Gevoegde zaken C-465/00, C-138/01 en C-139/01, *Rechnungshof*, *Jur.* 2003, p. I-4989.

59 Gevoegde zaken C-397/01 t/m 403/01, *Pfeiffer*, *Jur.* 2004, p. I-8835, AB 2005/16, m.nt. RW en SEW 2005, p. 95-99, m.nt. S.P.

bestuursrechtspraak richtlijnconforme interpretatie door de bestuursrechter slechts mogelijk 'binnen het kader van de wet'.⁶⁰

Een belangrijk instrument voor de doorwerking van de *beginselen* van EU-recht is de beginselconforme uitleg, die inhoudt dat het Hof van Justitie het secundaire EU-recht zoveel mogelijk uitlegt in overeenstemming met de Unieverdragen en de beginselen van EU-recht.⁶¹ Aangezien de nationale rechter de plicht heeft tot Unieconforme uitleg, dient hij ook het nationale recht in overeenstemming met de beginselen van EU-recht te interpreteren.⁶²

Voor de toepassing van het EU-recht is evenzeer van belang om vast te stellen of ook bestuursorganen bevoegd of zelfs verplicht zijn nationale wetgeving conform het EU-recht te interpreteren. Het Hof van Justitie⁶³ acht de uit artikel 10 EG (oud)⁶⁴ voortvloeiende verplichtingen weliswaar bindend voor alle organen van de staat, maar een expliciet antwoord op de voornoemde vraag is in de rechtspraak van het Hof nog niet te vinden.⁶⁵ In dit kader werd al eerder opgemerkt dat conforme interpretatie een delicate aangelegenheid is. Indien de woorden van de wetgever door het bestuursorgaan (opnieuw) worden geïnterpreteerd, kan dit immers leiden tot een verschil in rechtstoepassing die rechtsongelijkheid tot gevolg heeft.

3.3 De gebondenheid van de lidstaat

De doorwerking van het EU-recht in de nationale rechtsorde van de lidstaten is van belang voor de wetgever, de rechter en het overheidsbestuur van die lidstaten omdat het EU-recht dat zich richt tot de lidstaten voor deze actoren specifieke verplichtingen schept. Deze verplichtingen omvatten dikwijls rechten voor particulieren in de lidstaten. De nationale wetgever dient zorg te dragen voor een juiste implementatie van het EU-recht in het nationale recht, en de nationale (of de Europese) rechter toetst de rechtmatigheid van dit recht.

In het nationale recht van de lidstaat wordt in de meeste gevallen in de grondwet bepaald dat de decentrale overheden en sommige zelfstandige bestuursorganen entiteiten zijn die tot het overheidsbestuur behoren. Maar ook entiteiten die alleen op basis van instelling bij wet zijn opgericht, vallen onder dit begrip. Tenslotte kunnen ook in nationaal verband publieke taken worden verricht door private organisaties, maar zij behoren niet tot de overheidsbestuur 'in enge zin'.⁶⁶

60 ABRvS 29 mei 2001, *Rawb* 2001, 98 (m.nt. Widdershoven).

61 Zaak C-98/91, *Herbrink*, *Jur.* 1994, p. I-223 en zaak C-90/90, *Neu*, *Jur.* 1991, p. I-3617.

62 Zaak C-181/96 *Wilkens*, *Jur.* 1999, p. I-399.

63 Zaak 14/83, *Von Colson en Kamann*, *Jur.* 1984, p. 1891.

64 Het huidige artikel 4, derde lid, van het VEU.

65 Deze plicht kan mogelijk wel worden afgeleid uit zaak 103/88, *Fratelli Constanzo*, *Jur.* 1989, p. 1839.

66 Zijlstra 2003, p. 73-76.

Het Europese recht kent geen duidelijk concept van 'nationale overheid'.⁶⁷ Het onderscheid tussen overheid en niet-overheid is niet aan een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke status van de entiteit gekoppeld, maar aan de activiteiten die de entiteit verricht. Wie zich als overheid dient te gedragen, komt in EU-verband dus niet per definitie overeen met het overheidsbegrip zoals dat in het nationale recht is gedefinieerd.

In de zaak *Foster en Kampelmann*⁶⁸ oordeelt het Hof dat de verplichting voor de lidstaat het EU-recht uit te voeren ook geldt voor ' (...) organisaties of lichamen die onder gezag of toezicht van de staat stonden of die over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikten dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden' (...) ' zoals territoriale overheden of organisaties die, ongeacht hun rechtsvorm, krachtens een overheidsmaatregel zijn belast met de uitvoering, onder toezicht van de overheid, van een openbaar belang'. Deze instanties hebben op grond van vaste rechtspraak⁶⁹ van het Hof de zelfstandige plicht de verplichtingen van EU-recht uit te voeren en aldus ook rechtstreeks werkend EU-recht toe te passen.⁷⁰ Deze plicht houdt dus ook in dat in het voorkomende geval nationale wetgeving terzijde moet worden gesteld.⁷¹

4. HET PRIMAIRE EU-RECHT: VOORWAARDEN VOOR DE RECHTSBESCHERMING TEGEN OVERHEIDSHANDELEN IN DE LIDSTATEN NADER BELICHT

De voorgaande paragrafen maken duidelijk dat het EU-recht belangrijke eisen stelt aan de wetgeving, het overheidshandelen en de rechtspraak in de lidstaten, ingeval door het EU-recht rechten worden verleend of plichten worden opgelegd.⁷² In deze paragraaf wordt dieper ingegaan op enkele belangrijke waarborgen voor de rechtsbescherming die uit het EU-recht en in het bijzonder uit de hiervoor behandelde algemene beginselen van EU-recht, voortvloeien. In het voorgaande deel is vastgesteld dat het EU-recht het beginsel van procedurele autonomie kent, inhoudende dat voor zover het EU-recht niet anders bepaalt, het nationale procesrecht van toepassing is. Bij de organisatie van de rechtsbeschermingsregels dient de lidstaat rekening te houden met het effectiviteitsbeginsel, het gelijkwaardigheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Andere algemene rechtsbeginselen in de rechtsorde van de EU dienen in het

67 Steyger 2005, 29; Steyger 2007.

68 Zaak C-188/89, *Foster*, Jur. 1990, p. I-3313 en gevoegde zaken C-253/96 t/m C-258/96, *Kampelmann*, Jur. 1997, p. I-6907.

69 O.a. Zaak 152/84, *Marshall*, Jur. 1986, p. 723; Zaak 222/84, *Johnston*, Jur. 1986, p. 1651.

70 Zaak 103/88, *Fratelli Constanzo*, Jur. 1989, p. 1839.

71 Zie artikel 4, derde lid, van het VEU (artikel 10 van het EG-Verdrag, oud).

72 Zie voor een rechtsvergelijkend onderzoek naar de invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie op de bestuursrechtspraak van enkele lidstaten: Eliantonio 2008.

bijzonder ter normering van het overheidshandelen en als toetssteen voor de rechter. Verscheidene auteurs hebben getracht helderheid te brengen in de indeling en inhoud van deze beginselen. Om het overzicht te behouden wordt hierna Groussot⁷³ gevolgd omdat hij een vrij grove indeling hanteert⁷⁴ door een tweedeling te maken tussen materiele en formele algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan de hand van een onderscheid tussen ‘administrative principles and fundamental rights’ (bestuurlijke beginselen en grondrechten) en ‘procedural principles as justice and citizen rights’ (procedurele beginselen inzake rechtspleging en burgerrechten). Tot de eerste groep behoren volgens Groussot het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Voor een beschrijving van eerst genoemde beginselen verwijs ik naar de hiervoor aangehaalde literatuur. Het evenredigheidsbeginsel wordt eerst beschreven vanwege het algemeen erkende grote belang ervan voor het EU-recht en omdat dit beginsel als toetssteen dient voor de rechter. Bovendien wordt het evenredigheidsbeginsel in artikel 21 van de richtlijn met nadruk genoemd. In de beschrijving komt de mate van intensiteit van rechterlijke toetsing aan dit beginsel en de wijze van feitenvaststelling aan bod (paragraaf 4.1).

De groep procedurele beginselen inzake rechtspleging en burgerrechten bevat belangrijke procedurele waarborgen voor de rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten. Deze zijn in volgorde van behandeling de motiveringsplicht; het verdedigingsbeginsel; de beginselen van behoorlijk bestuur; en het beginsel van effectieve rechtsbescherming (paragraaf 4.2 t/m 4.4). Deze beginselen en uitwerking van het laatstgenoemde beginsel in het nationale bestuursprocesrecht van de lidstaten worden met het oog op het belang voor de omzetting van artikel 21, eerste lid, van de richtlijn alle beschreven.

4.1 Het evenredigheidsbeginsel

Eén van de vereisten van EU-recht die zowel gelden ten aanzien van de bestuurlijke besluitvorming als voor de rechterlijke toetsing van besluiten is het proportionaliteitsbeginsel dat in de Nederlandse literatuur in de regel met evenredigheidsbeginsel wordt aangeduid. Het evenredigheidsbeginsel speelt een zeer belangrijke rol in het EU-recht⁷⁵ en wordt door Groussot betiteld als ‘*keystone principle of all the general principles*’.⁷⁶ Het evenredigheidsbeginsel is op grond van vaste rechtspraak van het Hof van Justitie een algemeen beginsel van EU-recht en is tevens gecodificeerd in artikel 5, vierde lid, van het EU-Verdrag. Onder andere artikel 49, derde lid (evenredigheid zwaarte van straf) en 52 (evenredigheid be-

73 Groussot 2006.

74 Anders dan Widdershoven. De indeling van Widdershoven is beschreven in paragraaf 2.

75 Emilou 1996; De Moor-van Vugt 1993, p. 26-37; De Moor-van Vugt 1995; Jans 2000, p. 270-282.

76 Groussot 2006, p. 145.

perking grondrechten) van het Handvest van de Grondrechten bevatten het beginsel. De toepassing van het evenredigheidsbeginsel door het Hof van Justitie vindt plaats bij de toetsing van secundaire EU-wetgeving, bij de beoordeling van het handelen van lidstaten in relatie tot de vrijverkeersbepalingen in het VWEU en bijvoorbeeld bij de toetsing van sancties.⁷⁷

Het evenredigheidsbeginsel speelt een centrale rol in de rechtspraak van het Hof van Justitie: volgens deze rechtspraak dient ieder besluit en elke handeling in overeenstemming te zijn met het evenredigheidsbeginsel.⁷⁸ Indien de rechtspraak wordt bezien waarin besluiten worden getoetst ingeval sprake is van een vrije bevoegdheid van het bestuur, kan een aantal karakteristieken worden onderscheiden.⁷⁹ Het Hof van Justitie hanteert de klassieke evenredigheidstoets waarbij het Hof van Justitie alle drie hierna genoemde elementen van deze toets toepast.

Ten eerste is een besluit evenredig als dit besluit een effectief middel is om de doelstelling te realiseren die met het besluit wordt nagestreefd (het vereiste van geschiktheid). Ten tweede moet het besluit voor het bereiken van deze doelstelling noodzakelijk zijn. Als een minder belastende maatregel mogelijk is of het besluit niet echt nodig is om de nagestreefde doelstelling te verwerkelijken, dan is een dergelijk besluit onevenredig belastend (vereiste van noodzakelijkheid en subsidiariteit). Tenslotte hanteert het Hof van Justitie het 'vereiste van evenredigheid in strikte zin'. Dit houdt in dat indien een besluit een geschikt en noodzakelijk middel is om de doelstelling te realiseren, een besluit desalniettemin ontoelaatbaar kan zijn als geen redelijke afweging is gemaakt tussen de doelstelling en het belang dat door het besluit wordt aangetast.

De toets van het Hof van Justitie aan het evenredigheidsbeginsel wordt in de literatuur omschreven als een toets van geschiktheid en noodzakelijkheid. Voor het vereiste van evenredigheid in strikte zin (de daadwerkelijke beoordeling van de aan het besluit ten grondslag liggende belangenafweging) is in de rechtspraak nauwelijks plaats. Het Hof van Justitie hanteert geen vaste formules met duidelijke criteria ter invulling van deze toetsing.⁸⁰ Dit is deels te verklaren doordat deze eisen kunnen verschillen naargelang een marginale of intensieve toetsing wordt toegepast.

In het geval van de vereisten van geschiktheid en noodzakelijkheid vergt het Hof van Justitie in ieder geval wel een sterk feitelijke beoordeling, maar voor de vaststelling van de betrokken belangen, voor het bepalen van het gewicht van de belangen en het beoordelen van de ernst van de inbreuk op de belangen ontbreken duidelijke aanknopingspunten.

77 Zaak C-135/08, *Rottmann tegen Freistaat Bayern*, uitspraak van 2 maart 2010, JV 2010/122, r.o. 55. In dit arrest heeft het Hof geoordeeld dat de unierechtelijke evenredigheidstoets voorafgaand aan de toetsing aan het nationale recht dient plaats te vinden.

78 Tridimas 1999, p. 89/90.

79 Onder anderen Gerards 2007, p. 73/113.

80 Bijvoorbeeld De Moor-van Vugt 1995, p. 69.

In de meeste gevallen hanteert het Hof van Justitie alleen een *abstracte* evenredigheidstoets en wordt in prejudiciële beslissingen een concreet oordeel aan de nationale rechter overgelaten. Dit houdt in dat primair de evenredigheid van de algemene regeling die inbreuk op het EU-recht heeft veroorzaakt, wordt beoordeeld. Ook bij directe beroepen is dit het geval. Een concrete toets waarbij alleen de evenredigheid van het concrete aangevochten besluit wordt beoordeeld, wordt door het Hof van Justitie bijna niet uitgevoerd.⁸¹

4.1.1 Toetsingsintensiteit

Een andere vraag is met welke *intensiteit* het Hof van Justitie aan het evenredigheidsbeginsel toetst. De rechtspraak van het Hof waarin aan de orde komt of marginale toetsing volstaat, of dat een meer indringende toetsing dient plaats te vinden, is niet eenduidig. In veel gevallen toetst het Hof slechts marginaal aan de vereisten van geschiktheid of noodzakelijkheid. Het toetsingscriterium luidt in dit geval dat de maatregel niet ‘kennelijk ongeschikt’ of ‘kennelijk onevenredig’ is, of de maatregel niet op een kennelijke dwaling mag berusten.⁸² Deze terughoudende rechterlijke toetsing betekent overigens niet dat de rechterlijke motivering ook steeds minimaal is. In andere gevallen toetst het Hof indringend aan het evenredigheidsbeginsel, waarbij het hogere eisen stelt aan de invulling van het vereiste van noodzakelijkheid en subsidiariteit. Een doorslaggevend criterium voor de intensiteit van de toetsing ontbreekt: in de rechtspraak van het Hof is de intensiteit van de toetsing afhankelijk van een groot aantal factoren. De aard en specificiteit van de bevoegdheid en de aard van het recht waarop een maatregel inbreuk maakt, lijken de belangrijkste factoren te zijn. Tast de maatregel bijvoorbeeld mogelijk een grondrecht aan, dan is de toetsing van het Hof in de regel kritischer dan wanneer alleen financiële belangen zijn getroffen.⁸³ In de regel, omdat het Hof zich conformeert aan de rechtspraak van het EHRM over de *margin of appreciation* van de lidstaten, die verschilt en afhangt van de omstandigheden van het geval. Bovendien koppelt het Hof van Justitie in meerdere zaken de toetsing aan een grondrecht en de evenredigheid van de inbreuk daarop, aan de toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel.⁸⁴

81 Idem Gerards 2007, p. 91.

82 Idem Gerards 2007, p. 92. Bijv. gevoegde zaken C-154/04 en C-155/04, *Alliance for Natural health*, Jur. 2005, p. I-6451, punt 52 (‘kennelijk ongeschikt’), gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, *ABNA*, Jur. 2005, I-10423, punt 69 (‘kennelijk onevenredig’) en Hof van Justitie 17 juli 1997, gevoegde zaken C-248/95, C-248/95 en C-249/95, *SAM Schifffahrt*, Jurispr. 1997, p. I-4475, punt 69 (‘kennelijke dwaling’).

83 Bijv. zaak C-368/95, *Familiapress*, Jur. 1997, p. I-3689, punt 24; vgl. ook Schwarze 2005, p. 839.

84 Bijv. zaak C-491/01 *British American Tobacco*, Jur. 2002, p. I-11453, punten 123, 149 en 153. Ook andere voorbeelden zijn te vinden in Craig 2006, p. 676 e.v.

Het Hof van Justitie oordeelt dat ook ten aanzien van *sancties* de eis van een daadwerkelijke en effectieve rechtsbescherming geldt. Het Hof maakt ten aanzien van de eisen aan het opleggen van sancties in de regel geen verschil tussen 'strafrechtelijke sancties' en andere sancties. Het Hof van Justitie oordeelt dat de evenwichtigheid tussen de opgelegde sanctie en de ernst van de overtreding dient te worden onderzocht: de rechter moet de competentie bezitten om naast de rechtsvragen ook de feitelijke aspecten te kunnen beoordelen. Hierbij acht het Hof van Justitie in het algemeen een marginale toetsing voldoende en hanteert het Hof van Justitie de geschiktheidstoets en de noodzakelijkheidstoets. In de eerste plaats dient evenredigheid te bestaan tussen de ernst en verwijtbaarheid van de gedraging enerzijds en de zwaarte van de sanctie anderzijds. Daarnaast mag de rechter volgens diezelfde jurisprudentie zijn eigen oordeel omtrent de evenredigheid in de plaats van het bestuurlijke oordeel stellen.

Widdershoven⁸⁵ merkt op dat het Hof van Justitie (nog) geen onderscheid maakt tussen (straf)sancties met het karakter van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM, die volgens het EHRM door de rechter indringend moeten worden getoetst op evenredigheid, en andere (bestuurlijke) sancties. Bestuurlijke sancties zijn volgens het Hof van Justitie niet van 'strafrechtelijke aard', ook als deze sancties zouden worden aangemerkt als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM. Widdershoven voegt hier echter aan toe dat de bestuurlijke sancties (en beperkingen van het vrije verkeer) wel 'tamelijk indringend' worden getoetst op evenredigheid.⁸⁶

De rechtspraak van het EHRM lijkt hier vergelijkbaar. Albers signaleert in haar dissertatie dat het EHRM een beperking van de rechterlijke toetsing in het geval van geschillen ten aanzien van '*civil rights and obligations*' bij de uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden met beleidsvrijheid, niet uitsluit. Dit ligt volgens haar mogelijk anders bij de oplegging van bestuurlijke sancties door bestuursorganen. Deze sancties zijn een '*criminal charge*'. Albers sluit niet uit dat het EHRM voor deze sancties hogere eisen stelt aan de rechterlijke toetsingsbevoegdheid en een marginale toetsingsbevoegdheid dus niet volstaat.⁸⁷

Michiels en De Waard merken op dat het niet vast staat dat het EHRM een indringende toets eist ten aanzien van de vraag of de zwaarte van een punitieve sanctie in overeenstemming is met het vereiste van evenredigheid. Na een vergelijking van de rechtspraak van beide rechtscolleges concluderen zij in dit kader dat zich de volgende problemen bij de rechterlijke toetsing in het licht van het EVRM en het EU-recht kunnen voordoen: ⁸⁸ (1) De bevoegdheid van de rechter schiet tekort, doordat een essentieel element ontbreekt. Dit doet zich bijvoorbeeld

⁸⁵ Meer specifiek: Widdershoven 2004, p. 309.

⁸⁶ Zie zaak C-262/99, *Louloudakis*, *Jur.* 2001, p. I-5547. Vergelijk zaak C-210-00, *KCH*, *Jur.* 2002, p. I-6453, *AB* 2002/392 m.nt. AdMvV; *ECHR* 2002/77 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

⁸⁷ Albers 2002, p. 416 en 417.

⁸⁸ Michiels & De Waard 2007, p. 100.

voor indien de rechter geen oordeel over de feiten kan vormen en daardoor de proportionaliteit van de (punitieve) sanctie niet kan beoordelen; (2) De toetsing door de rechter is te afstandelijk. Hiervan is sprake als de rechter zich slechts bevoegd acht tot een (te) marginale toetsing; (3) De wijze van behandeling is onvoldoende bijvoorbeeld omdat deze niet voldoet aan het motiveringsbeginsel; (4) De bevoegdheden van de rechter tot het verbinden van gevolgen aan diens beoordeling schieten tekort. Dit kan zich voordoen als de rechter niet bevoegd is om zelf in de zaak te voorzien.

De Waard vat samen⁸⁹ dat de mate van intensiteit van de rechterlijke toetsing die de rechtspraak van de Europese rechters verlangt verschilt, afhankelijk van de aard van de zaak. Deze jurisprudentie laat toe dat de nationale rechter punitieve bestuurlijke sancties terughoudend toetst. In ieder geval is wel vereist dat de evenredigheid van de sanctie, in verhouding tot de ernst van de overtreding, aan rechterlijke toetsing is onderworpen.⁹⁰ Om dit doel te bereiken moet de rechter beschikken over *full jurisdiction*. Hiervan is bijvoorbeeld geen sprake als de rechter zich geen oordeel mag vormen over de feiten die aan het sanctiebesluit ten grondslag liggen.

4.1.2 Feitenvaststelling

De rechterlijke toetsingsintensiteit aan het evenredigheidsbeginsel en de intensiteit van de toetsing van de *feitenvaststelling* van het bestuur hangen met elkaar samen. In het EU-recht speelt de vraag of het vaststellen van de feiten een taak is van het bestuur of van de rechter. Het Hof van Justitie benadrukt dat de beoordeling van feiten en bewijs door de rechter een essentieel onderdeel uitmaakt van de rechtsprekende taak.⁹¹ De rechter dient te controleren of het besluit is gebaseerd op een deugdelijke feitenvaststelling zonder dat hij de feitenvaststelling van het bestuur opnieuw uitvoert. In de zaak *Upjohn*⁹² bepaalt het Hof van Justitie dat onder bepaalde omstandigheden een beperkte nationale rechterlijke toets van de feiten volstaat. Beschikt het bestuursorgaan over bestuurlijke vrijheid en draagt de feitenvaststelling een gespecialiseerd karakter, dan is de nationale rechter niet verplicht een eigen feitelijk oordeel te vellen en accepteert het Hof dat hij het besluit marginaal toetst.⁹³ Het Hof erkent dus dat de beoordelingsvrijheid van het bestuur in zekere mate ook kan gelden voor de vaststelling van de feiten. Indien het EU-recht in een nationale zaak een rol speelt, geeft het EU-recht echter niet expliciet aan op welke wijze en met welke intensiteit de nationale rechter de

⁸⁹ De Waard 2010, p. 472.

⁹⁰ EHRM 10 februari 1983, Series A, Vol. 58; NJ 1987, 315 (*Albert en Le Compte*); HvJEG, zaak 240/78, *Atalanta*, Jur. 2137.

⁹¹ Zaak C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, Jur. 2006, p. I- 5177, punt 37 tot en met 40.

⁹² Zaak C-120/97, *Upjohn II*, Jur. p. I-223.

⁹³ Schuurmans 2005, p. 289-290.

feitenvaststelling in een besluit zou moeten toetsen.⁹⁴ De hoofdregel is dat de wijze van toetsing tot de procedurele autonomie van een lidstaat behoort, maar het EU-recht biedt wel elementen van toetsing die voor de nationale rechter als norm gelden. In voornoemde zaak *Upjohn* geeft het Hof van Justitie bijvoorbeeld aan dat de nationale rechter de feitenvaststelling niet intensiever hoeft te toetsen dan het Hof zelf doet. Deze toets is een marginale toets, die in de loop van de tijd aan de hand van de rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg lijkt te zijn geïntensiveerd. De EU rechter hanteert weliswaar nog steeds dezelfde woorden ‘kennelijke dwaling’, ‘misbruik van bevoegdheid’ en ‘kennelijke overschrijding van de grenzen van de bestuursbevoegdheid’ ter formulering van deze terughoudende toets, maar de intensiteit van de toets is volgens Craig toegenomen doordat de rechter vooral een ‘kennelijke dwaling’ eerder aanneemt.⁹⁵ De in direct beroep uitgesproken zaken Pfizer en Tetra Laval vormen volgens Schuurmans voorbeelden van de uitwerking van de toetsing van de feitenvaststelling in het kader van de marginale toetsing.⁹⁶ Het Gerecht gaat, ondanks de vrijheid van het bestuur in deze zaken waar een complexe feitenvaststelling plaatsvindt, nauwgezet na of het bewijsmateriaal dat aan het besluit ten grondslag ligt feitelijk juist, betrouwbaar en consistent is en of het bestuursorgaan alle relevante informatie heeft verzameld. De marginale toets belet de rechter echter wel om zijn eigen feitelijke oordeel in de plaats te stellen van de bestuurlijke beoordeling. Berust de feitenwaardering op deugdelijk bewijsmateriaal, dan kan hij niet snel tot een andere waardering van de feiten komen. Het Hof en het Gerecht maken bij deze toetsing gebruik van formele beginselen als het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.⁹⁷

4.2 De motiveringsplicht

Het motiveringsbeginsel, in het EU-recht gewoonlijk aangeduid als de motiveringseis of de motiveringsplicht, geldt op grond van artikel 296 van het VWEU voor verordeningen, richtlijnen en beschikkingen van de instellingen. De motiveringsplicht is echter niet beperkt tot de genoemde besluiten van de instellingen. Het Hof van Justitie oordeelt dat het voor een doeltreffende rechterlijke controle, die zich moet kunnen uitstrekken tot de wettigheid van de motivering van de bestreden beslissing, in het algemeen noodzakelijk is dat de rechter bij wie de zaak aanhangig is gemaakt, van de bevoegde instantie de overlegging van de

⁹⁴ Schuurmans 2007, p. 115-142.

⁹⁵ Dit wordt na een diepgaand onderzoek van de rechtspraak door Craig vastgesteld: Craig 2006, p. 446-464.

⁹⁶ Zaak T-13/99, *Pfizer Animal Health SA/Raad*, Jur. 2002, p. II-3305, zaak T-5/02, *Tetra Laval/Commissie*, Jur. 2002, p. II-4381 en zaak C-12/03 P, *Commissie/Tetra Laval*, Jur. 2005, p. I-1069.

⁹⁷ Schuurmans 2007, p. 115-142.

motivering kan verlangen. Deze ongeschreven motiveringsplicht is zwaarder als de bescherming van een fundamenteel recht in het geding is.⁹⁸

Het Hof van Justitie legt dus een verband tussen de motiveringsplicht en de mogelijkheid tot effectieve rechtsbescherming. De geadresseerde dient immers de inhoud van de beslissing te kennen om zich te kunnen verdedigen en het Hof van Justitie moet in staat zijn toezicht te kunnen uitoefenen op de naleving van het EU-recht. Een aspect van de motiveringsplicht is dat de rechtsbasis voor de beslissing uit het besluit moet blijken. De genoemde ratio leidt volgens rechtspraak van het Hof van Justitie tot een aantal specifieke eisen aan de motivering van een besluit. Het besluit moet de feiten vermelden uit welke de wettigheid van de maatregel blijkt; de motivering moet de overwegingen melden die tot het nemen van de maatregel hebben geleid; de motivering moet de betrokkene de nodige gegevens verschaffen om te kunnen oordelen of een besluit gegrond is. Daarnaast is er veel rechtspraak van het Hof van Justitie over de vraag hoe gedetailleerd de motivering moet zijn.⁹⁹ Een besluit dat in de lijn ligt van een vaste besluitvormingspraktijk mag minder uitdrukkelijk worden gemotiveerd dan in het geval dat hiervan wordt afgeweken.¹⁰⁰

De motiveringsplicht naar EU-recht is een vormvoorschrift en het oordeel over de schending ervan zal beperkt blijven tot de vaststelling dat de motiveringsplicht is geschonden. Indien uit de motivering blijkt dat het besluit op gronden berust die het besluit niet kunnen dragen (een materieel gebrek) zal dit niet leiden tot strijd met de motiveringsplicht, maar (direct) tot strijd met het VWEU of het secundaire EU-recht. Volgens het Handvest is deze plicht een aspect van het beginsel van behoorlijk bestuur als beschreven in artikel 41, tweede lid, Handvest (zie hierna).

4.3 Het verdedigingsbeginsel

Het recht op '*fair hearing*'¹⁰¹ en het recht op '*fair administration of justice*'¹⁰² worden in de rechtsorde van de EU in de regel geschaard onder '*rights of the defence*', oftewel het verdedigingsbeginsel. Dit is een fundamenteel algemeen rechtsbeginsel¹⁰³ en houdt kort gezegd in dat een belanghebbende zich moet kunnen verdedigen tegen een besluit. Het verdedigingsbeginsel geldt in de procedure voor de rechter, maar ook in iedere procedure die kan leiden tot het opleggen van een sanctie, met name geldboeten of dwangsommen¹⁰⁴ en in ieder procedure die tot

98 Zaak 222/86, *Heylens*, *Jur.* 1987, p. 4097.

99 Usher 1998 p. 45-46.

100 Bijv. zaak C-228/99, *Silos*, *Jur.* 2001, I-8401.

101 Schermers & Waelbroeck 2001, p. 55.

102 Tridimas 1999, p. 244.

103 Zaak C-49/88, *Al-Jubail*, *Jur.* 1991, p. I-3187.

104 Zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, *Jur.* 1979, p. 461.

een bezwarende handeling kan leiden.¹⁰⁵ Het beginsel geldt ook voor nationale bestuursorganen in het geval dat zij handelen binnen de werkingssfeer van het EU-recht, zoals bij het uitvoeren van het EU-recht (o.a. richtlijnen¹⁰⁶) of bij besluiten die de Verdragsvrijheden beperken.

4.3.1 *Beginselen van behoorlijk bestuur*

Deelaspecten van het verdedigingsbeginsel komen voor in artikel 41 van het Handvest dat 'het recht op behoorlijk bestuur' beschrijft. Dit recht omvat de EU-rechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁰⁷ Op grond van het eerste lid van dit artikel heeft eenieder er recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen en organen van de Unie worden behandeld. Dit artikel richt zich dus tot de instellingen en organen van de Europese Unie. Het Hof van Justitie heeft echter in zijn jurisprudentie erkend dat de algemene rechtsbeginselen ook gelden voor de nationale autoriteiten.¹⁰⁸ Artikel 51 van het Handvest (werkingssfeer) bevestigt dit uitgangspunt meer specifiek ook voor alle in het Handvest neergelegde bepalingen.

Het tweede lid schrijft voor dat dit recht met name behelst: het recht van eenieder te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen; het recht van eenieder om toegang te krijgen tot het dossier hem betreffende, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim; de plicht van de betrokken instanties om hun beslissingen met redenen te omkleden. Andere aspecten van het verdedigingsbeginsel zijn het recht op geheimhouding van vertrouwelijke stukken, het recht op rechtsbijstand¹⁰⁹ en legal privilege (vertrouwelijkheid correspondentie advocaat-cliënt), en het recht zichzelf niet te incrimineren.¹¹⁰

De bewoordingen van het recht van behoorlijk bestuur als neergelegd in artikel 41 van het Handvest, komen voort uit de rechtspraak over het recht om gehoord te worden,¹¹¹ het recht op toegang tot documenten,¹¹² de plicht om te mo-

105 Zaak C-32/95, *Commissie tegen Lisretal*, Jur. 1996, p. I-5373.

106 Zaak C-28/05, *Dokter e.a.*, Jur. 2006, p. I-05431.

107 Dit beginsel komt onder meer aan de orde in zaak 64/82, *Tradax Graanhandel BV*, Jur. 1984, p. 1359; zaken T-213/95 en T-18/96, *SCK en FNK tegen Commissie*, Jur. 1997, p. II-1739, par. 56.

108 Zie bijvoorbeeld over het motiveringsvereiste: Zaak C-222/86 *Heylens* (1987).

109 Zaak 155/79, *AM&S*, Jur. 1982, p. 1575. Zie ook Usher 1998, p. 100-120 over dit beginsel.

110 Zie voor rechtspraak over het *nemo tenetur* beginsel in het kader van artikel 6, tweede lid van het EVRM: EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (*Saunders*).

111 Bijvoorbeeld zaak 85/76, *Hoffmann la Roche tegen Commissie*, Jur. 1979, p. 461 en Zaak C-32/95, *Commissie tegen Lisretal*, Jur. 1996, p. I-5373.

112 Bijvoorbeeld zaak T-36/91, *ICI tegen Commissie*, Jur. 1995, p. II-1847.

tiveren¹¹³ en uit artikel 253 EG Verdrag¹¹⁴ welke bepaling onder andere voorschrijft dat de instellingen van de EU handelen conform het evenredigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

Het beginsel van zorgvuldigheid (*'principle of care'* of *'principle of diligence'*) en het eerder genoemde recht op toegang tot documenten vormen de basis voor het ontstaan van de beginselen van behoorlijk bestuur.¹¹⁵ Het beginsel van zorgvuldigheid is ontstaan vanuit de wens tot begrenzing van de discretionaire bevoegdheid van het bestuur en de bescherming van de burger, en omvat zowel de verplichting voor het bestuur om op verzoek te reageren¹¹⁶ als de plicht van het bestuur binnen een redelijke termijn te beslissen. Om te kunnen vaststellen of de duur van een bestuurlijke procedure redelijk is, moet de rechter de omstandigheden van het geval in zijn overweging betrekken. Daarbij zijn van betekenis de ingewikkeldheid van de zaak, de wijze waarop de zaak door het bestuursorgaan en de rechter is behandeld, het processuele gedrag van appellant gedurende de hele procesgang en de aard van de maatregel en het daardoor getroffen belang van appellant.¹¹⁷ Deze formulering is gelijklopend aan EHRM- rechtspraak over de redelijke termijn in artikel 6, eerste lid van het EVRM.¹¹⁸

4.4 Het beginsel van effectieve rechtsbescherming

Een andere procedureel beginsel is het eerder in dit boek beschreven beginsel van effectieve rechtsbescherming (paragraaf 2.2) dat enerzijds een formeel aspect kent dat de mogelijkheid van een effectieve toegang tot de rechter voorschrijft, en anderzijds een materieel aspect dat deze rechtsgang inhoudelijk zo moet zijn ingericht dat aan het EU-recht ontleende rechten daadwerkelijk geëffectueerd kunnen worden.¹¹⁹ De rechtspraak over het materiële aspect spitst zich met name toe op de effectiviteit van rechtsmiddelen die de burger ter beschikking staan om zijn rechten af te dwingen.¹²⁰

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is een grondrecht dat is uitgewerkt in artikel 47, eerste lid, van het Handvest en tot uiting dient te komen in

113 Bijvoorbeeld zaak C-401/96, *Somaco tegen de Commissie*, Jur. 1998, p. I-2587.

114 Het huidige artikel 296 van het VWEU.

115 Zie naast deze indeling en beschrijving door Groussot, ook andere auteurs over dit beginsel, zoals Usher 1998.

116 Het Hof van Justitie heeft deze verplichting overigens niet *expliciet* als algemeen rechtsbeginsel erkend.

117 Bijvoorbeeld zaken T-213/95 en T-18/96 *SCK en FNK tegen Commissie*, Jur. 1997, p. II-1739, par. 57.

118 Bijvoorbeeld: EHRM 9 december 1994, AB 1995, 599 (*Schouten en Meldrum/Nederland*); EHRM 27 juni 2000, AB 2001, 86 (*Frydlender/Frankrijk*); EHRM 29 maart 2006, JB 2006, 134 (*Pizzati tegen Italië*).

119 Widdershoven 1996, p. 113.

120 Bijvoorbeeld zaak C-213/89, *Factortame*, Jur. 1990, p. I-2433.

het procedurele recht van de lidstaten.¹²¹ Deze bepaling bevat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht voor eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden. Ook biedt het artikel in het tweede lid het recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. In de toelichting wordt verwezen naar artikel 6, eerste lid, van het EVRM en wordt vermeld dat in het EU-recht het recht op toegang tot de rechter niet alleen van toepassing is op geschillen inzake civielrechtelijke rechten en verplichtingen. Met uitzondering van de werkingssfeer (de werkingssfeer van artikel 47, eerste lid van het Handvest is veel ruimer dan die van artikel 6 EVRM) zijn volgens de toelichting bij het Handvest de door het EVRM geboden waarborgen op dezelfde wijze van toepassing in de Unie.¹²² Het derde lid van artikel 47 van het Handvest tenslotte bepaalt dat rechtsbijstand wordt verleend aan diegenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.

In deze paragraaf worden enkele procesrechtelijke regels beschreven die uit het beginsel voortvloeien met betrekking tot het recht op een voorlopige voorziening, het bewijsrecht, en het recht op schadevergoeding.

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is eveneens vastgelegd in artikel 2 en artikel 14, eerste lid van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR)¹²³ die respectievelijk het recht op deugdelijke rechtsbescherming en het recht op een eerlijk proces garanderen. Een ontwerp van artikel 14 IVBPR vormde zelfs de basis voor de tekst van artikel 6 EVRM en het is aannemelijk dat de opstellers van artikel 6 EVRM beoogden dit artikel een zelfde reikwijdte te geven als het (ontwerp van) artikel 14 IVBPR.¹²⁴ De waarborgen voor de rechtsbescherming in het licht van het IVBPR strekken echter minder ver dan die van het EVRM. Dit is met name te verklaren door het feit dat het Comité voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties in tegenstelling tot het EHRM geen bindende uitspraken kan doen. Een klager zal om deze reden meestal de weg van het EHRM kiezen.¹²⁵

121 Groussot 2006, p. 236.

122 In de zaak C-432/05, *Unibet*, *Jur.* 2007, p. I-2271 verwees het Hof voor het eerst naar artikel 47 van het Handvest. Voor een toelichting bij deze bepaling zie de toelichting bij het Ontwerp-Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, Chartre 4473/00, convent 49 http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_nl.pdf.

123 Als laatstelijk gewijzigd, *Trb.* 1978, 177.

124 Viering 1994, p. 48. Een overzicht van de waarborgen van artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR: Van Russen Groen 1998, p. 77-78.

125 Albers 2002, p. 81.

4.4.1 Het recht op een voorlopige voorziening

Het Hof van Justitie stelt op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming eisen aan de bevoegdheid van de nationale rechter als het gaat om het treffen van een voorlopige voorziening in nationale procedures waarbij EU-recht een rol speelt. In het geval van interpretatie van EU-recht is de nationale voorzieningenrechter onder omstandigheden verplicht om het Hof van Justitie uitleg te vragen.¹²⁶ In de uitspraak *Factortame*¹²⁷ bepaalt het Hof dat de nationale rechter de bevoegdheid heeft een voorlopige voorziening te treffen tegen een maatregel die vermoedelijk in strijd is met EU-recht. Een regel van nationaal recht die het treffen van voorlopige voorziening verhindert, moet buiten toepassing worden verklaard. In de zaak *Zuckerfabrik*¹²⁸ bepaalde het Hof in een procedure waarin de geldigheid van een bepaling van een (EU)verordening aan de orde werd gesteld, dat de nationale voorzieningenrechter bevoegd is de toepassing van EU-recht tijdelijk op te schorten. De nationale rechter mag een voorlopige maatregel slechts onder voorwaarden toestaan: in ieder geval dient hij ernstige twijfel omtrent de geldigheid van de EU-handeling te koesteren en zet hij deze twijfel in zijn beslissing uiteen.

Uit het arrest *Atlanta*¹²⁹ volgt dat de rechter ook een positieve maatregel mag treffen die de toepassing van EU-recht voorlopig opschort. Bestuursorganen kunnen de tenuitvoerlegging van EU-regelgeving niet opschorten.¹³⁰

Het Hof verwijst in de zaak *Unibet*¹³¹ naar de *Factortame I*-zaak en overweegt dat het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming vereist dat in de rechtsorde van een lidstaat voorlopige maatregelen kunnen worden getroffen, totdat de bevoegde rechter zich heeft uitgesproken over de verenigbaarheid van nationale bepalingen met het EU-recht. Dergelijke maatregelen moeten noodzakelijk zijn ter verzekering van de volle werking van de rechterlijke uitspraak die moet worden gedaan over het bestaan van dergelijke rechten. Dat geldt ook als het volgens het nationale recht, dat overeenkomstig de eisen van het EU-recht wordt toegepast, niet zeker is of een beroep dat strekt tot eerbiediging van de rechten die de justitiabele aan het EU-recht ontleent, ontvankelijk is. Daarnaast oordeelt het Hof dat uit het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming volgt dat, in geval van twijfel over de verenigbaarheid van nationale bepalingen met het EU-recht, voor de eventuele toekenning van voorlopige maatregelen tot schorsing van de toe-

126 Zaak 283/81, *Cilfit*, Jur. 1982, p. 3415.

127 Zaak C-213/89, *Factortame*, Jur. 1990, p. I-2433.

128 Gevoegde zaken 143/88 en C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen en Soest*, Jur. 1991, p. I-534.

129 Zaak C-465/93, *Atlanta*, Jur. 1995, p. I-3761.

130 Gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, *ABNA*, Jur. 2005, 1-10423, *AB* 2006, 174, m.nt. M. Verhoeven.

131 C-432/05, *Unibet*, Jur. 2007, p. I-2271, *JV* 2007/253, m.nt. M. Reneman, *AB* 2007/301, m.nt. H.C.F.J.A. de Waele en R.J.B. Schutgens; *NJ* 2007, 376; *RvdW* 2007, 499.

passing van deze bepalingen de criteria gelden van nationaal recht dat voor deze rechterlijke instantie van toepassing is. Deze criteria mogen echter niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen en zij mogen de voorlopige rechterlijke bescherming van dergelijke rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken (volgens het gelijkwaardigheidsbeginsel)

In de zaak-*Dörr*¹³² overwoog het Hof ingeval de uitzetting van een persoon dat de waarborg van beroep iedere betekenis zou verliezen, als de lidstaten door de onmiddellijke uitvoering van een besluit strekkende tot de uitzetting van een persoon, de betrokkene de mogelijkheid zouden kunnen ontnemen om voordeel te hebben bij het welslagen van de in zijn beroep aangevoerde middelen.

4.4.2 Bewijsrecht

Het bewijsrecht omvat aspecten van bewijsomvang, bewijslastverdeling, bewijsmiddelen en bewijswaardering.¹³³ Als het EU-recht geen specifieke voorschriften over het bewijsrecht voorschrijft, is op grond van het beginsel van de procedurele autonomie het nationale bewijsrecht van toepassing; dit recht dient echter wel te voldoen aan de vereisten van gelijkwaardigheid, effectiviteit en effectieve rechtsbescherming. De zaak *San Giorgio*¹³⁴ illustreert het belang van het effectiviteitsbeginsel: als bewijsregels tot gevolg hebben dat het praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk wordt om het EU-recht te effectueren ontstaat strijd met het EU-recht. De invloed van het beginsel van effectieve rechtsbescherming komt tot uiting in de rechtspraak van het Hof van Justitie.¹³⁵ Een belangrijke uitspraak is de zaak *Steffensen*. Het Hof toetst in deze zaak de nationale bewijsvoering in een EG-rechtelijke casus met zoveel woorden aan het recht van een eerlijk proces als beschreven in artikel 6, eerste lid, EVRM.¹³⁶ Het Hof concludeert dat in de betreffende (levensmiddelen)zaak het recht op contra-expertise is geschonden en oordeelt dat de resultaten van het onderzoek als bewijsmiddel moeten worden uitgesloten. Het Hof verwijst daartoe naar het *Mantovanelli*-arrest van het EHRM.¹³⁷ In dit arrest bepaalde het EHRM dat ingeval een deskundigenrapport bepalende invloed zal hebben op de beoordeling van de feiten door de rechter, er alleen sprake is van effectieve inbreng en tegenspraak voor partijen als bedoeld in artikel 6 EVRM, indien zij hun standpunt naar voren kunnen brengen voordat de deskundige zijn eindrapport aan de rechter heeft uitgebracht. Naast de genoemde beginselen hebben ook algemene rechtsbeginselen als het evenredigheidsbeginsel in-

132 C-136/03, 2 juni 2005, *Dörr*, *Jur.* 2005, p. I-4759, punt 49.

133 Ten Berge & Widdershoven 2001, p. 224-232.

134 Zaak 199/82, *San Giorgio*, *Jur.* 1983, p. 3595.

135 Bijvoorbeeld zaak 109/88, *Danfoss*, *Jur.* 1989, p. 3199 over omkering van de bewijslast in een geval van vermeende discriminatie, waarbij in eerste instantie de bewijslast bij de gediscrimineerde ligt.

136 Zaak C-276/01, *Steffensen*, AB 2003/310 m.nt. AdMvV.

137 EHRM 18 maart 1997, JB 1997/112 (*Mantovanelli/Frankrijk*), m.nt. AWH; RSV 1998/100.

vloed op het bewijsrecht. De toepassing van het evenredigheidsbeginsel kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat een particulier geen onevenredig zware bewijslast mag worden opgelegd.

4.4.3 Schadevergoeding

Het sluitstuk van het beginsel van effectieve rechtsbescherming is de eis die het Hof van Justitie stelt in de standaardarresten *Francovich* en *Brasserie du Pêcheur* en wordt gebaseerd op beginsel van loyale samenwerking van artikel 4, derde lid van het VEU:¹³⁸ de lidstaten dienen ervoor te zorgen dat het nationale recht een stelsel kent van aansprakelijkheid van de overheid, waarbinnen de schade kan worden vergoed die particulieren leiden als gevolg van schendingen van het EU-recht die aan de lidstaten kunnen worden toegerekend.¹³⁹ Het maakt niet uit welke instantie in de lidstaat de schending veroorzaakt, bijvoorbeeld de formele wetgever, een orgaan van de centrale of decentrale overheid of de hoogste rechter.¹⁴⁰ Een recht op schadevergoeding als gevolg van een schending van richtlijnen bestaat, indien aan de volgende minimumvoorwaarden is voldaan: er moet een recht aan particulieren zijn toegekend (*Schutznorm*); er is sprake van een voldoende gekwalificeerde schending van het EU-recht, en er moet een causaal verband bestaan tussen de schending van de verplichting van de staat en de schade.¹⁴¹

4.4.4 Ambtshalve toepassing van EU-recht

De verhouding tussen het gelijkwaardigheids- en effectiviteitsbeginsel en het (meer indringende) beginsel van effectieve rechtsbescherming komt aan de orde in de rechtspraak van het Hof van Justitie.¹⁴² Op grond van deze rechtspraak behoort de ambtshalve toepassing van het EU-recht door de rechter tot de procedurele autonomie van de lidstaat en wordt de mogelijkheid tot toepassing ervan beheerst door beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit. De mogelijke beperking van het effectiviteitsbeginsel kan aan de hand van de *rule of reason* door het verdedigingsbeginsel en het beginsel van een goed verloop van procedure

138 Artikel 10 van het EG-Verdrag (oud).

139 Gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich*, *Jur.* 1991, p. I-5357, *SEW* 1993, p. 87, m.nt. Curtin; gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur* en *Factortame*, *Jur.* 1996, p. I-1029; gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, *Dillenkofer*, *Jur.* 1996, p. I-4845.

140 Zaak C-224/01, *Köbler*, *Jur.* 2003, AB 429, m.nt. RW.

141 Zie verder Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2007, p. 321-361.

142 Zaak C-312/93, *Peterbroeck*, *Jur.* 1995, p. I-4599 en zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel* en *Van Veen*, *Jur.* 1995, p. I-4705.

worden gerechtvaardigd.¹⁴³ Deze regel houdt onder andere in dat wanneer de vraag rijst of een nationale procesregel de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, ook rekening moet worden gehouden met de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan voor de verschillende nationale instanties. In voorkomend geval moet rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals het goede verloop van de procedure.¹⁴⁴ De Nederlandse rechter was volgens het Hof van Justitie in de zaak *Van der Weerd e.a. tegen Nederland*, in beginsel niet verplicht ambtshalve aan het EU-recht te toetsen. Het Hof oordeelt dat het niet ambtshalve toetsen in de nationale bestuursrechtelijke procedure tegen het gewraakte besluit, niet leidde tot schending van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel.¹⁴⁵ Volgens het Nederlands bestuursrecht wordt immers ten aanzien van de ambtshalve toetsing aan 'regels van openbare orde' geen onderscheid gemaakt tussen een toets aan het EU-recht en een toetsing aan nationale voorschriften. Wel is de rechter verplicht om de rechtsgronden ambtshalve *aan te vullen* als daartoe aanknopingspunten bestaan. Dit betekent ook dat de rechter het juiste rechtskader toepast, maar ook dat (in eerdere instantie) een overheidsinstantie naar aanleiding van een aanvraag van een vergunning en de in bezwaar verstrekte gegevens moet beoordelen welke wet- en regelgeving op de aanvrager van toepassing is.¹⁴⁶

5. EVRM

5.1 Inleiding

Hiervoor is meermaals aan de orde gesteld dat het EVRM een belangrijke rol speelt in het EU-recht. Het EVRM werkt ten eerste door in de rechtsorde van de (lid)staten die partij zijn bij dit verdrag; de bepalingen uit het verdrag fungeren als rechtsnormen die de wetgever en het bestuur bij hun handelen in acht moeten nemen en waaraan de rechter – die zelf ook gebonden is aan het verdrag – toetst bij de rechtmatigheid van het overheidsoptreden.¹⁴⁷ Bovendien doet het EVRM meer direct zijn invloed gelden in het EU-recht: de rechtspraak van het EHRM

143 Zie ook ABRvS 2 maart 2004, *AB* 2004, 152; CBB 17 mei 2005, *AB* 2005, 282, m.nt. JHvdV.

144 Zaak C-312/93, *Peterbroeck*, *Jur.* 1995, p. I-4599 en zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel* en *Van Veen*, *Jur.* 1995, p. I-4705.

145 Hof van Justitie, 7 juni 2007, nrs. C-222/05 t/m C-225/05, zaak *Van der Weerd e.a./Nederland*, *Jur.* 2007, p. I-4233, *JB* 2007, 131. Vgl. ook zaak C-72/95, *Kraaijeveld*, *Jur.* 1996, p. I-5403, r.o. 60.

146 ABRvS 22 april 2010, *JV* 2010, 224.

147 Barkhuysen, Blomberg, Bulterman & Verschuuren 2004.

over de artikelen 6 en 13 van het EVRM bijvoorbeeld speelt een belangrijke rol in de rechtspraak van het Hof van Justitie over de rechtsbescherming in EU-verband.¹⁴⁸ Het Hof van Justitie is bij de uitleg van het EVRM weliswaar niet gebonden aan de uitleg van het EHRM maar stemt zijn uitleg wel af op laatst genoemd hof.¹⁴⁹ Dit blijkt uit vaste rechtspraak waarin het Hof van Justitie¹⁵⁰ oordeelt dat de grondrechten die de verschillende lidstaten gemeen hebben in het EU-recht doorwerken als ‘fundamenteel rechtsbeginsel’: dit geldt ook voor de grondrechten in mensenrechtenverdragen als het EVRM.

Het grote belang van dit verdrag voor het EU-recht blijkt tevens uit artikel 6 van het VEU dat onder meer voorschrijft dat de grondrechten zoals zij worden gewaarborgd door het EVRM en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Unie. Het EVRM is ook van aanzienlijke betekenis voor de vorming van gemeenschappelijke voorwaarden voor de bestuursrechtelijke procedure.¹⁵¹

De rechtspraak van het EHRM over artikel 6 van het EVRM verdient om voornoemde redenen nadere beschouwing. Vanuit het perspectief van het EU-recht bezien kan weliswaar de neiging ontstaan om de rechtspraak van het EHRM over beginselen van rechtsbescherming als ‘dubbele dekking’ af te doen, omdat het Hof van Justitie deze rechtspraak ‘meeneemt’ in zijn eigen rechtspraak; vanwege de verschillende casus die leiden tot de rechtspraak van beide rechters, blijft het echter noodzakelijk en nuttig de rechtspraak uit Straatsburg en Luxemburg met gelijke belangstelling te bestuderen, en op deze wijze de toegevoegde waarde van elke uitspraak op zijn mérites te beoordelen. Achtereenvolgens wordt hieronder beschreven: het toepassingsbereik van artikel 6 van het EVRM dat wordt onderscheiden naar ‘*civil rights and obligations*’ en ‘*criminal charge*’, de waarborgen die uit het artikel voor de burger voortvloeien, en als laatste wordt ingegaan op de wijze van toetsing door de nationale rechter en het begrip ‘*full jurisdiction*’.

5.2 Het toepassingsbereik van artikel 6 van het EVRM

Artikel 6, eerste lid, van het EVRM schrijft ten eerste voor dat de bepaling van toepassing is ingeval sprake is van de vaststelling van burgerlijke rechten en plichten (*civil rights and obligations*) enerzijds, of vervolging (*criminal charge*) anderzijds. Deze termen dienen autonoom te worden geïnterpreteerd.¹⁵² De vaststel-

148 Zaak 222/84 (1986) ECR 1651 (*Johnston*).

149 Widdershoven 2007.

150 Al vanaf zaak 4/73, *Nold, Jur.* 1973, p. 491.

151 Van Dijk & Van Hoof 2006.

152 Ingeval van burgerlijke rechten en plichten zie EHRM 23 oktober 1985, *NJ* 1986, 102 (*Bentham*). Ingeval van vervolging: EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937 (*Öztürk/Duitsland*).

ling onder welke van de twee genoemde categorieën het handelen valt, heeft gevolgen voor het soort en het aantal toegekende rechten.

Worden burgerlijke rechten of plichten vastgesteld, dan vallen deze besluiten op grond van de onder de voorgaande paragraaf (5.1) gevolgde redenering onder het bereik van het eerste lid van artikel 6 EVRM en dient volgens dat onderdeel in ieder geval een eerlijke en openbare behandeling van de zaak plaats te vinden, binnen een redelijke termijn,¹⁵³ door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.¹⁵⁴ De uitspraak moet in dit geval in beginsel in het openbaar worden gewezen.

Als deze besluiten echter (ook) als '*criminal charge*' dienen te worden gekarakteriseerd,¹⁵⁵ is dit ten eerste van belang omdat het EHRM de waarborgen van artikel 6, eerste lid, EVRM dan mogelijk anders invult. Voorbeelden van deze verschillende invulling doen zich bijvoorbeeld voor ten aanzien van het recht op een mondelinge openbare behandeling van een zaak¹⁵⁶ binnen een redelijke termijn.¹⁵⁷ Ten tweede valt een beslissing die onder de noemer '*criminal charge*' is te vatten niet alleen onder het eerste lid, maar ook onder het bereik van het tweede en derde lid van artikel 6 EVRM.¹⁵⁸ In dit geval dienen de rechtswaarborgen gerespecteerd te worden die uit deze onderdelen voortvloeien. Deze bestaan onder meer uit de onschuldpresumptie, die inhoudt dat iemand voor onschuldig moet worden gehouden, totdat zijn schuld in rechte is vast komen te staan. Uit de jurisprudentie van het EHRM¹⁵⁹ volgt dat het niet in strijd is met genoemde onschuldpresumptie om in een wettelijke regeling uit te gaan van verwijtbaarheid, indien deze weerlegbaar is en met de betrokken belangen van de overtreder rekening wordt gehouden. Het EHRM heeft het verder aanvaardbaar geacht dat de last om de verwijtbaarheid te weerleggen bij de overtreder wordt gelegd.¹⁶⁰

153 Zie voor een helder overzicht van het beginsel van redelijke termijn in: Widdershoven 2003, p. 211-215.

154 EHRM 21 februari 1975, *NJ* 1975, 462 (*Golder*), par. 34-35-36, waarin het EHRM het recht op toegang tot de rechter inzake een beroep op een schending van burgerlijke rechten en plichten bevestigt. Zie ook Van Dijk & Van Hoof 2006, v.a. p. 556 over de overige in artikel 6, eerste lid, EVRM genoemde rechten.

155 Michiels & De Waard 2007.

156 EHRM 23 november 2006, *AB* 2007/51, m.nt. Barkhuysen & van Emmerik; *NJCM-Bulletin* 2007, p. 167-178, m.nt. Den Houdijker (*Jussila t. Finland*).

157 Volgens Jansen 2000, p. 170, hanteert het EHRM geen duidelijke termijnen waarbinnen procedures moeten zijn afgerond. Zie ook Michiels & De Waard 2007.

158 EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978, 223 (*Engel*); EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937, m.nt. Alkemade, *AA* 1985, p. 145 e.v. m.nt. Swart (*Öztürk/Duitsland*); EHRM 23 november 2006, *EHRC* 2007, 30 m.nt. Albers (*Jussila*) Zie verder o.a. Viering 1994; Heringa, Schokkenbroek & Van der Velde 2004; Barkhuysen 2004; Den Houdijker 2006; Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006.

159 Onder meer EHRM 7 oktober 1988, *NJ* 1991/351 (*Salabiaku tegen Frankrijk*).

160 Zie EHRM 23 juli 2002, *EHRC* 2002/88 (*Janosevic tegen Zweden*).

Daarnaast bestaan de waarborgen uit de cautieplicht (de verplichte mededeling dat een verdachte niet tot enige medewerking verplicht is), het beginsel van ne bis in idem (verbod van sanctiecumulatie), het principe van equality of arms (voldoende verdedigingsrechten) en het beginsel geen straf zonder schuld.¹⁶¹

5.2.1 *Civil rights and obligations: toepassingsbereik in vreemdelingenzaken*

De waarborgen die artikel 6, eerste lid van het EVRM voor de rechtsbescherming biedt, zoals het recht op toegang tot de rechter, zijn niet alleen van toepassing op geschillen inzake civielrechtelijke rechten en verplichtingen als bedoeld in dit onderdeel van het verdrag. Het EHRM heeft het toepassingsbereik van het onderdeel bijvoorbeeld ook uitgebreid tot verschillende bestuursrechtelijke procedures die van invloed zijn op de vaststelling van (kort gezegd) de financiële positie van de burger. Zo valt ook een besluit over het verlenen van een vergunning voor een economische activiteit onder het toepassingsbereik van het onderdeel. Het bereik strekt zich ook uit tot fundamentele rechten als het eigendomsrecht als omschreven in het Eerste Protocol.

De Raad van Europa benadrukt in een verklaring het belang van de mogelijkheid van 'effective judicial review of administrative acts to protect the rights and interests of individuals' als een essentieel element van de bescherming van mensenrechten.¹⁶² De uitbreiding van de werkingssfeer van artikel 6, eerste lid is ook in het EU-recht een punt van aandacht. Volgens de toelichting bij artikel 47 van het Handvest is de uitbreiding een consequentie van het feit dat de EU een zelfstandige rechtsgemeenschap is,¹⁶³ en zijn de waarborgen van het EVRM op dezelfde wijze van toepassing in de EU.

Op grond van de rechtspraak van het EHRM wordt de toepassing van artikel 6, eerste lid ook voor bepaalde gebieden uitgesloten: het onderdeel is niet van toepassing op procedures op het gebied van het belastingrecht,¹⁶⁴ het ambtenarenrecht¹⁶⁵ en het vreemdelingenrecht. Voor het vreemdelingenrecht is de zaak *Maaouia v. France*¹⁶⁶ van groot belang. In een procedure over de uitzetting van een vreemdeling uit Frankrijk oordeelt het Hof dat

¹⁶¹ Een volledige opsomming van alle uit artikel 6 EVRM vloeiende waarborgen is te vinden in de dissertatie van Van Russen Groen 1998, p. 77-78. Zie ook Albers 2002, p. 122.

¹⁶² Rec (2004)20, *The judicial Review of Administrative Acts* (Straatsburg 2005).

¹⁶³ Zaak 294/83, *Les Verts*, Jur. 1986, p. 1339.

¹⁶⁴ EHRM 12 juli 2001, AB 2004/400 (*Ferrazzini/Italië*). Punitieve sancties in het belastingrecht vallen echter wel weer onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM.

¹⁶⁵ Zie bijvoorbeeld EHRM 19 april 2007, JB 1997, 98 (*Vilho Eskelinen e.a./Finland*). Uit deze uitspraak blijkt dat het toepassingsbereik van artikel 6, eerste lid, EVRM zich wel uitbreidt in ambtenarenzaken.

¹⁶⁶ Zie EHRM 5 oktober 2000, AB 2001/80, m.nt. Battjes; EHRC 2000/84, m.nt. Heringa; JV 2000/264, m.nt. Boeles; RV 1974-2003, 51, m.nt. Spijkerboer (*Maaouia t. Frankrijk*).

'decisions regarding the entry, stay and deportation of aliens do not concern the determination of an applicant's civil rights or obligations or of a criminal charge against him, within the meaning of Article 6 par. 1 of the Convention.'

Op grond van deze uitspraak vallen dus de zaken die zien op procedures met betrekking tot de toelating, het verblijf en de uitzetting van vreemdelingen¹⁶⁷ niet onder het toepassingsbereik van artikel 6, eerste lid, EVRM. Op andere soorten vreemdelingrechtelijke zaken in welke burgerlijke rechten of plichten worden vastgesteld of sprake is van vervolging, is artikel 6, eerste lid, EVRM in beginsel dus wel van toepassing.¹⁶⁸ Zo is een besluit tot weigering van opvangvoorzieningen aan een asielzoeker geen beslissing met betrekking tot toelating of uitzetting van een vreemdeling, maar kan dat besluit ook niet worden gezien als een besluit over het (toestaan van) verblijf in de lidstaat.

Deze beperking die artikel 6 van het EVRM stelt aan het toepassingsbereik in vreemdelingenzaken bestaat niet in het EU-recht. Artikel 47, eerste lid van het Handvest maakt immers een dergelijk onderscheid niet ten aanzien van het recht op effectieve rechtsbescherming.

5.2.2 Criminal charge

Bestuurlijke beslissingen kunnen niet alleen een burgerlijk recht of verplichting vaststellen in de zin van artikel 6 EVRM. Ook is het mogelijk dat deze een *criminal charge* vormen in de zin van deze bepaling. De vraag of sprake is van '*criminal charge*' moet worden beantwoord door toetsing aan de nationale classificatie van de overtreden norm, de aard van de overtreding en de aard en zwaarte van de sanctie.¹⁶⁹ Het eerste criterium is slechts een startpunt: als de sanctie onder het nationale strafrecht is gebracht, is in beginsel sprake van een '*criminal charge*'. Het tweede criterium, de aard van de overtreding ('*the very nature of the offence*'), kan van groter belang zijn voor het onderscheid. Het gaat in dat geval vooral om de vraag tot wie de (geschonden) norm is gericht. Indien deze gelet op het norm-

167 EHRM 4 februari 2005, AB 2005/274, m.nt. TB; NJ 2005/321, m.nt. EAA, JV 2005/89, m.nt. BPV en K.M. de Vries (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*), par. 82. Zie ook Boeles 1995.

168 Zie Van Dijk 2006, p. 531. Zie ook bijv. EHRM 27 juli 2006, JB 2006/287, m.nt. Schlössels; JV 2006/415, m.nt. Den Houdijker (*Coorplan-Jenni GMBH en Hascic t. Oostenrijk*). Zie ook EHRM 12 juli 2001, AB 2004/400, m.nt. Barkhuysen; NJ 2004/435, m.nt. Alkema (*Ferrazzini t. Italië*) en EHRM 23 november 2006, AB 2007/51, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; NJCM-Bulletin 2007, p. 167-178, m.nt. Den Houdijker (*Jussila t. Finland*). Rechtbank 's-Hertogenbosch, JV 2007/269 26 maart 2007, m.nt. F.M.J. den Houdijker o.a. over gedeeltelijke toepassing 6 EVRM in belastingzaken.

169 O.a. EHRM 8 juni 1976, NJ 1978, 223 (Engel) en EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937 (*Öztürk/Duitsland*), par. 47-49.

adressaat-criterium¹⁷⁰ is gericht tot een bepaalde (beroeps)groep, is sprake van disciplinair of tuchtrecht en is in beginsel geen sprake van *criminal charge*, in andere gevallen kan dit dus wel het geval zijn. Het derde criterium 'aard en zwaarte van de sanctie' is van belang omdat de aard van de sanctie (het sanctiedoel-criterium) voor de vraag of een sanctie een 'criminal charge' is, het meest belangrijke criterium in de rechtspraak van het EHRM vormt. Om vast te stellen wat de aard van de sanctie is, gaat het met name om het doel dat met de sanctie wordt nagestreefd. Volgens het EHRM is een sanctie een *criminal charge* als deze *deterrent and punitive* (punitief en afschrikkend of soms ook: preventief) is. Over de invulling van deze termen bestaat casuïstische rechtspraak van het EHRM.¹⁷¹

Het arrest *Jussila v. Finland*¹⁷² maakt duidelijk dat als op grond van een of meer andere criteria sprake is van vervolging, de geringe zwaarte van de sanctie geen reden meer kan zijn voor een ander oordeel over het karakter van de sanctie. Indien echter op grond van de eerste twee criteria nog niet de conclusie kan worden getrokken dat de sanctie 'criminal' is, kan op grond van het derde criterium (bijvoorbeeld de zwaarte van de straf) deze conclusie wel worden getrokken.¹⁷³

In verband met de waarborgen die op grond van artikel 6 EVRM gelden in geval van een sanctie die een 'criminal charge' is (bijvoorbeeld het zwijgrecht), dient te worden opgemerkt dat in het Europees bestuursrecht in ieder geval sprake is van een 'criminal charge' vanaf het moment dat de bevoegde overheid aan de betrokkene een officiële kennisgeving heeft gegeven van een wetsovertreding die 'criminal charge' is in de zin van artikel 6 EVRM.¹⁷⁴ Het EHRM oordeelt dat, omdat de bestuurlijke voorprocedure voorafgaat aan een beroep op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht als bedoeld in artikel 6 EVRM, niet alle waarborgen van een eerlijk proces al in deze fase gelden.¹⁷⁵

Het is ten slotte voor de mogelijkheid van rechtsbescherming van belang dat ten aanzien van nationale bestuursrechtelijke punitieve sancties die tevens als 'criminal charge' gekwalificeerd moeten worden, naast de straf(proces)rechtelijke

170 Het normadressaatcriterium wordt onder anderen besproken door Viering 1994, p. 151, 153-159 en 178-179.

171 Een overzicht van jurisprudentie van het EHRM in dit verband is te vinden in Albers 2002, p. 96-100.

172 EHRM 23 november 2006, AB 2007/51, m.nt. Barkhuysen & van Emmerik; *NJCM-Bulletin* 2007, p. 167-178, m.nt. Den Houdijker; *EHRC* 2007/31, m.nt. K. Albers (*Jussila t. Finland*).

173 Een criterium alleen of in onderlinge samenhang kan bij het oordeel of sprake is van vervolging de doorslag geven, EHRM 24 september 1997, JB 1997, 281 m.nt. A.W. Heringa (*Garyfallou*).

174 EHRM 27 februari 1980, NJ 1980, 561 (*Deweert tegen België*). Zie ook EHRM 10 december 1982, NJ 1987, 828 m.nt. P. van Dijk (*Foti*).

175 EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937 (*Öztürk*), par. 56; EHRM 26 april 1995, AB 1996, 1 m.nt. ICvdV (*Fischer tegen Oostenrijk*), par. 28.

minimum waarborgen uit artikel 6, ook de waarborgen van 7 EVRM en 14 en 15 IVBPR van toepassing (zouden moeten) zijn.¹⁷⁶

5.2.3 Toetsingsintensiteit en *full jurisdiction*

Algemeen wordt aangenomen dat een rechterlijke toets van een besluit aan het evenredigheidsbeginsel als toetsingsmaatstaf in artikel 6 EVRM ligt besloten.¹⁷⁷ Voor de wijze van toetsing aan dit beginsel is van belang dat in artikel 6 EVRM het recht op rechtspraak door een rechter die beschikt over *full jurisdiction* ligt besloten. Het EHRM oordeelt dat de rechterlijke toetsing door de (nationale) rechter die zich beperkt tot schending van het recht waarbij de rechter geen oordeel mag geven over feiten, in ieder geval niet volstaat. Op grond van vaste jurisprudentie dient ten minste één rechterlijke instantie de vaststelling van de feiten en de toepassing van alle geldende rechtsnormen te kunnen toetsen en daarover ook met *full jurisdiction* kunnen beslissen. Uitgangspunt is dat de rechter ook de feiten volledig moet kunnen toetsen.¹⁷⁸ Het EHRM oordeelt in de zaak *Bryan v. the UK*¹⁷⁹ en ook in andere arresten dat een terughoudendere toets slechts is geoorloofd als daarvoor specialistische kennis nodig is en deze vaststelling in een met voldoende waarborgen omklede gespecialiseerde administratieve voorprocedure heeft plaatsgevonden. Zaak-specifieke factoren zoals het onderwerp van het geschil zijn van belang bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een adequate mogelijkheid van beroep.

In algemene zin kan worden gezegd dat het Hof niet oordeelt dat een marginale toetsing onder alle omstandigheden in strijd is met artikel 6 EVRM. Indien echter een beperkte opvatting van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid wordt gehanteerd, mag deze in ieder geval niet in de weg staan aan de beoordeling of de door het EVRM beschermde rechten zijn geschonden¹⁸⁰ of aan de beoordeling van ernstige rechtmatigheidsklachten.¹⁸¹ Verder lijkt het Hof met betrekking tot de intensiteit van de toets te aanvaarden dat de nationale wetgeving discretionaire ruimte laat aan bestuursorganen, maar dat de wetgever in dat geval aanwijzingen dient te bieden over de reikwijdte van deze bevoegdheid. Hoe deze aanwijzingen ten aanzien van deze ruimte eruit dienen te zien, is volgens de rechtspraak van het Hof afhankelijk van het onderwerp.

176 Dit concludeert Albers 2002, p. 412.

177 Zie bijvoorbeeld Bröring 2005, p. 69 e.v. en Albers 2006, p. 143 e.v..

178 EHRM 23 juni 1981, NJ 1982, 602 (*Le Compte, Van Leuven & De Meyere*). Zie verder Kuipers 1996, p. 97-111.

179 EHRM 22 november 1995, Series A, vol. 335-A, par. 30-47 (*Bryan tegen Verenigd Koninkrijk*). Vgl. Widdershoven 2001, p. 34-38.

180 EHRM 30 oktober 1991, Series A, vol. 215 (*Vilvarajah e.a. v. the United Kingdom*), par. 122.

181 EHRM 28 oktober 1998, NJ 2001, 134 (*Osman v. the UK*).

In de zaak *Obermeier*¹⁸² bijvoorbeeld was sprake van toetsing door de nationale rechter die zich beperkte tot de vraag of de toepassing van de bevoegdheid tot ontslag in overeenstemming was met het doel en strekking van de wet, zonder dat sprake was van een redelijkheidstoetsing of een toetsing aan overige (in Nederland als zodanig genoemde) beginselen van behoorlijk bestuur. Het EHRM oordeelt dat '*In disputes concerning civil rights, such a limited review cannot be considered to be an effective judicial review under Article 6 par. 1*' (par. 70). De toetsing zou in dit geval volgens EHRM-rechter Martens¹⁸³ wel voldoende zijn geweest indien een rechterlijke toetsing zou zijn gericht op controle van bevoegdheidsvragen in ruime zin, aangevuld met een toetsingsbevoegdheid aan algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁸⁴

Ook ingeval een sanctie wordt opgelegd, dient deze volgens het EHRM aan bepaalde evenredigheidseisen te voldoen.¹⁸⁵ Het Hof oordeelt dat met betrekking tot een sanctie kan worden getoetst op de evenredigheid tussen de overtreding en de sanctie.¹⁸⁶ In de jurisprudentie van het EHRM zijn drie elementen van het evenredigheidsbeginsel te herkennen. Deze zijn geschiktheid, de subsidiariteit en de belangenafweging in eigenlijke zin.¹⁸⁷ De toetsing van deze evenredigheid door de nationale rechter is marginaal van aard gezien de door het Hof gebruikte formulering dat de sanctie 'niet onevenredig' is.

Ten aanzien van punitieve sancties en de zwaarte van de sanctie is in de literatuur discussie¹⁸⁸ op gang gekomen over de vraag of het EHRM een indringende toetsing aan het evenredigheidsbeginsel vereist.¹⁸⁹

Tenslotte lijkt het EHRM kritischer te zijn ten aanzien van de intensiteit van de rechterlijke toetsing indien door het EVRM beschermde rechten in het geding zijn. Artikel 13 van het EVRM biedt speciale waarborgen voor de rechtsbescherming door voor te schrijven dat een daadwerkelijke rechtsmiddel (effective remedy) kan worden ingesteld bij een nationale instantie die een serieuze klacht

182 EHRM 28 juni 1990, Series A, vol. 179 (*Obermeier v. Oostenrijk*).

183 Gezien de *dissenting opinion* van Martens bij de zaak EHRM 26 april 1995, Series A, vol. 312 (*Fischer v. Oostenrijk*), par. 8.

184 Zie ook F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom 2007, p. 71.

185 EHRM 23 september 1998, NJCM-bulletin 2000, p. 873-879 m.nt. M. Kuijer en E.E.V. Lenos (*Malige v. Frankrijk*).

186 EHRM 10 februari 1983, NJ 1987, 315 (*Albert en Le Compte t. België*). Zie ook Bröring 2005, p. 61.

187 Van Drooghenbroeck, 2001, p. 225.

188 Michiels & De Waard komen op grond van bestudering van arresten van het EHRM tot de conclusie dat niet zeker kan worden gesteld dat ingeval van een punitieve sanctie een indringende toets is vereist: Zie Michiels & De Waard 2007, p. 85. (O.a.) Albers 2002, p. 244 en meer specifiek p. 415, komt tot de conclusie dat bij de oplegging van bestuurlijke boetes niet kan worden volstaan met marginale toetsing.

189 Zie EHRM 2 juli 2002, EHRC 2002, 72 (*Göktan/Frankrijk*) en EHRM 23 september 1998, NJCM-bulletin 2000, p. 873-879 m.nt. M. Kuijer en E.E.V. Lenos (*Malige v. Frankrijk*).

(arguable claim¹⁹⁰) over schending van de in het verdrag beschermde rechten en vrijheden kan behandelen.¹⁹¹ Dit geldt bijvoorbeeld voor procedures tegen asielbesluiten die mogelijk een schending van artikel 3 van het EVRM inhouden.¹⁹² Besluiten over opvangvoorzieningen van asielzoekers vallen weer wel onder het toepassingsbereik van artikel 6 van het EVRM, maar kunnen ook een schending van artikel 3 van het EVRM inhouden.¹⁹³

6. CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is vastgesteld dat het beginsel van voorrang van EU-recht voorschrijft dat dit recht gezien zijn autonome karakter voorrang heeft boven elk daarmee strijdig recht van de lidstaten. Het beginsel van gemeenschapstrouw of het beginsel van loyale samenwerking verplicht de lidstaten bovendien alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen, die geschikt zijn om de nakoming van de uit het primaire of uit secundair EU-recht voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.

Het primaire EU-recht omvat de EU-Verdragen, de ongeschreven algemene beginselen van EU-recht, het EU Handvest van de Grondrechten, en bepalingen van internationaal (gewoonte)recht. Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) biedt de rechtsbasis voor maatregelen ten aanzien van opvangvoorzieningen van asielzoekers en vormt de rechtsgrondslag voor de Opvangrichtlijn die in hoofdstuk III als onderdeel van het secundaire EU-recht wordt beschreven. Het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) kan samen met het VWEU worden beschouwd als de constitutionele basis van de Europese rechtsorde en kent enkele belangrijke gecodificeerde algemene beginselen van EU-recht. De algemene beginselen normeren ook de omzetting van de Opvangrichtlijn en de besluiten die over opvangvoorzieningen van asielzoekers in de EU-lidstaten worden genomen.

Een algemeen beginsel van EU-recht dat een grote rol speelt in de rechtspraak van het Hof van Justitie is het evenredigheidsbeginsel (artikel 5, vierde lid, van het VEU). Dit beginsel dient onder meer in acht te worden genomen bij de totstandkoming van regels van nationaal recht die dienen ter omzetting van een richtlijn, en bij besluiten die op grond van deze regels van nationaal recht worden genomen.

Een ander algemeen beginsel van EU-recht is het motiveringsbeginsel dat tot gevolg heeft dat besluiten met voldoende redenen worden omkleed. De toepas-

190 Zie EHRM 27 april 1988, Series A, vol. 131 p. 23-24, par. 54 (*Boyle and Rice v. the United Kingdom*).

191 Zie over deze bepaling Barkhuysen 1998.

192 Essakkili 2005.

193 House of Lords in *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Adam and others* [2005] UKHL 66.

sing van dit beginsel in de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft geleid tot een aantal specifieke eisen aan de motivering van besluiten. Zo dient de motivering de grondslag voor het besluit te bevatten en meldt de motivering de overwegingen die tot het nemen van de maatregel hebben geleid. Bovendien is de motiveringsplicht zwaarder als de bescherming van een fundamenteel recht in het geding is.

De lidstaten dienen tevens de algemene regels van EU-recht in acht te nemen bij de organisatie van het recht op rechtsbescherming. Deze regels dienen door de lidstaten te worden gerespecteerd bij de omzetting van het in artikel 21, eerste lid van de Opvangrichtlijn voorgeschreven recht van beroep op een rechter. Uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming dat in artikel 47, eerste lid van het EU Handvest van de Grondrechten is gecodificeerd, vloeien concrete vereisten voort voor de inrichting van het (bestuurs)procesrecht van de EU-lidstaten. Zo is de rechterlijke instantie een onafhankelijke en onpartijdige vooraf bij wet ingestelde rechter, moet de behandeling openbaar zijn en binnen een redelijke termijn plaatsvinden en dient een mogelijkheid te worden geboden voor het treffen van een voorlopige voorziening in nationale procedures waarbij het EU-recht een rol speelt. Het EU-recht vereist dat de rechter niet te afstandelijk mag toetsen: hij moet een oordeel kunnen vellen over de vaststelling en kwalificatie van de feiten door het bestuur opdat hij de proportionaliteit van het besluit kan beoordelen. Het Hof van Justitie laat echter in veel uitspraken een meer marginale toets van besluiten aan het evenredigheidsbeginsel toe, en hetzelfde geldt voor de toetsing van de feitenvaststelling. Dit is anders als de beslissing een 'criminal charge' inhoudt. De toetsing van het besluit aan het evenredigheidsbeginsel door de rechter dient in dat geval een meer indringende te zijn.

De algemene rechtsbeginselen zijn vervat in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, dat sinds het Verdrag van Lissabon volledig bindende rechtskracht heeft gekregen. Ook de grondrechten zoals zij worden gewaarborgd door het EVRM maken deel uit van het recht van de Unie. De rechtspraak van het EHRM over artikel 6 van het EVRM sluit niet uit dat beslissingen en procedures over opvangvoorzieningen van asielzoekers onder het toepassingsbereik van die bepaling vallen, zodat de waarborgen die het artikel biedt door asielzoekers kunnen worden ingeroepen.

De bepalingen van de richtlijn die, gelet op de bewoordingen en op het doel en de aard van de richtlijn, een duidelijke en nauwkeurig omschreven verplichting inhouden voor welke uitvoering en werking geen verdere handeling is vereist, hebben rechtstreekse werking.

Als een bepaling rechtstreekse werking heeft en de richtlijn niet, niet tijdig of niet correct in nationaal recht is geïmplementeerd, of als sprake is van tijdige en correcte omzetting, maar het met de richtlijn beoogde resultaat niet daadwerkelijk wordt bereikt, kan voor de nationale rechter een beroep worden gedaan op die bepaling.

De rechter heeft, ook als geen beroep kan worden gedaan op rechtstreeks werkend EU-recht, een inspanningsverplichting het nationale recht zoveel moge-

lijk in het licht van bewoordingen en het doel van de bepaling van het EU-recht uit te leggen (de EU-rechtconforme interpretatie).

De doorwerking van een richtlijn bepaling in het nationale recht vindt echter primair plaats door nationale implementatieregelgeving die in beginsel door algemeen verbindende regels van nationaal recht tot stand dienen te worden gebracht. Niet noodzakelijkerwijs is vereist dat de bepalingen ervan formeel en letterlijk in een uitdrukkelijke, specifieke wettelijke bepaling worden overgenomen, maar de lidstaten moeten wél zorgen voor een duidelijk wettelijk kader op het betrokken gebied. De doorwerking van het EU-recht in de nationale rechtsorde van de lidstaten is van belang voor de wetgever, de rechter en het overheidsbestuur van die lidstaten omdat het EU-recht dat zich richt tot de lidstaten voor deze actoren specifieke verplichtingen schept. In geval van gebreken in de omzetting van een richtlijn bestaat de mogelijkheid de lidstaat aansprakelijk te stellen voor schade die is ontstaan als gevolg van onjuiste toepassing van EU-recht of nationaal recht.

3 | De Opvangrichtlijn

1. INLEIDING

Dit hoofdstuk behandelt de rechtsgrondslag, de totstandkoming en de inhoud van de Richtlijn 2003/9/EG van de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten (hierna: de richtlijn), evenals de voorstellen van 2008 en 2011 voor een wijziging van de richtlijn. De artikelen 3, 16 en 21 van de richtlijn worden met het oog op de beantwoording van de onderzoeksvragen uitgebreid beschreven. De omzetting van deze bepalingen in het Nederlandse en het Franse recht wordt in de hoofdstukken IV en V bestudeerd.

2. DE RECHTSGRONDSLAG VOOR DE RICHTLIJN

2.1. Primair EU-recht

In hoofdstuk II is beschreven dat het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)¹ en het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) de constitutionele basis vormen van de Europese rechtsorde.² De huidige rechtsbasis voor het nemen van maatregelen ten aanzien van de opvang van asielzoekers is artikel 78, tweede lid, onder f van het VWEU. De rechtsgrondslag voor de huidige richtlijn ligt echter in de rechtsvoorganger van het VWEU: het EG-Verdrag. Het Verdrag van Maastricht³ werd in de derde pijler een titel ‘bepalingen betreffende de samenwerking op het gebied van justitie en binnenlandse zaken’ toegevoegd. Op grond van deze titel werden het asielbeleid, immigratiebeleid en beleid ten aanzien van onderdanen van derde landen als aangelegenheden van gemeenschappelijk belang aangemerkt.

Het Verdrag van Amsterdam⁴ trad op 1 mei 1999 in werking en bood de Europese Gemeenschap vanaf dat moment onder de eerste pijler de bevoegdheid

1 Het Verdrag van Lissabon wijzigde het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en het Verdrag betreffende de Europese Unie (*PbEG* C 306). Geconsolideerde versie van 9 mei 2008 (*PbEU* 2008, C 115/01). Zie over deze wijzigingen Barents 2008.

2 Over het Verdrag van Lissabon: onder anderen Meeusen, Straetmans & Van den Bosch 2008, Jacobs 2008, p. 320-329 en Barkhuysen 2008, p. 2145-2152.

3 *PbEG* 1992, C 191 en *PBEG* 1993 C 224.

4 *PbEG* 1997, C 340.

bindende regels te stellen en maatregelen te nemen op het gebied van visa, asiel en immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen. Deze gebieden worden sinds het Verdrag van Amsterdam gevat onder de noemer 'ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid' (RVVR).⁵ In dit kader schreef artikel 63 van titel IV van het EG Verdrag voor dat de Raad maatregelen over asiel, vluchtelingen en ontheemden diende te nemen.

Nadat het Verdrag van Amsterdam in werking was getreden formuleerde de Europese Raad in Tampere (Finland) in oktober 1999 in zijn Conclusies de belangrijkste uitgangspunten bij de uitvoering van titel IV van het EG-Verdrag.⁶ Volgens deze Conclusies moest in de eerste fase (1999 tot 2004) een aantal expliciet genoemde maatregelen tot stand worden gebracht waaronder maatregelen van asielrecht, illegale immigratie en verblijf van onderdanen van derde landen. Ook het scheppen van gemeenschappelijke minimumvoorwaarden voor de opvang van asielzoekers behoorde volgens de Conclusies tot de actiepunten.

De Europese Raad stelde vervolgens in november 2004 in Den Haag het zogenoemde Haags Programma vast, dat betrekking had op de tweede fase (tot 2010) van de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. Het streven naar een gemeenschappelijk Europees asielstelsel (Common European Asylum System, hierna CEAS), de integratie van onderdanen van derde landen, de bestrijding van illegale immigratie, en terugkeer van migranten staan op dit programma. In de mededeling van de Commissie 'Het Haags Programma: tien prioriteiten voor de komende vijf jaar; Het partnerschap voor Europese vernieuwing op het gebied van vrijheid, veiligheid en recht' van 10 mei 2005 werd een beperkt aantal reeds eerder aangekondigde voorstellen gedaan. In het Programma van Stockholm van 2009 zijn de doelstellingen en maatregelen voor de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid voor de periode 2010-2014 beschreven.⁷ Het voltooien van een gemeenschappelijk Europees asielstelsel in 2012 behoort tot die doelstellingen.

Het Verdrag van Lissabon

Het Verdrag van Lissabon (ondertekend in 2007) heeft naast de naamswijziging van het EG-Verdrag verandering gebracht in de EU. Een viertal voor het asielrecht belangrijke wijzigingen zijn het afschaffen van de pijlerstructuur, de wijziging van de rechtsbasis van het asielbeleid, de mogelijkheid voor rechters in eerste aanleg prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen over asiel-

5 De bevoegdheid om dit streven vorm te geven is nu gecodificeerd in artikel 4, tweede lid, onder j van het VWEU.

6 http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00200-r1.en9.htm.

7 Als beschreven in par. 6.2, p. 32 van *Het programma van Stockholm – een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger* (2010/C 115/01). Het programma is een meerjarenprogramma van de Europese Raad voor de jaren 2010-2014.

maatregelen,⁸ en de bindende rechtskracht van het Handvest van de Grondrechten.

Het afschaffen van de pijlerstructuur houdt in dat de EU één rechtsentiteit is geworden met rechtspersoonlijkheid (artikel 47 VEU). Eén van de nieuwe kenmerken is een vereenvoudiging van wetgevingsprocedures doordat de co-decisie-procedure tot gewone wetgevingsprocedure is verklaard (artikel 289 en 294 VWEU) en het toepassingsgebied ervan is uitgebreid: deze is ook van toepassing op de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid.

De nieuwe rechtsbasis van het asielbeleid is versterkt doordat artikel 78, eerste lid van het VWEU, anders dan artikel 63 van het EG-Verdrag bepaalde, nu voorschrijft dat de EU een *gemeenschappelijk beleid* ontwikkelt inzake asiel, subsidiaire bescherming en tijdelijke bescherming. Hiertoe stellen het Europees Parlement en de Raad volgens de *gewone* wetgevingsprocedure als bedoeld in artikel 294 van het VWEU, maatregelen vast voor een gemeenschappelijk Europees asielstelsel (CEAS). Dit stelsel omvat onder meer de in artikel 78, tweede lid, onderdeel f, van het VWEU genoemde normen betreffende de voorwaarden inzake de opvang van asielzoekers of van aanvragers van subsidiaire bescherming. Deze wijziging van de rechtsbasis zal van invloed zijn op de termijn waarop de voorstellen voor nieuwe asielwetgeving worden ingediend. Het afronden van de tweede fase van het CEAS zal hierdoor volgens de Commissie mogelijk tot 2012 worden uitgesteld.⁹

Een derde verandering betreft de wijziging van de rechtsmacht van het Hof van Justitie door middel van het schrappen van artikel 68 van het EG-Verdrag; Het Hof was (en is) bevoegd bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen in de in artikel 267 van het VWEU genoemde gevallen, bijvoorbeeld indien zich een vraag voordoet over de uitleg van handelingen van instellingen van de EU. Artikel 68 van het EG-Verdrag beperkte de toegang tot het Hof: indien een vraag werd opgeworpen in verband met de uitleg van titel IV of de geldigheid of de uitleg van de op deze titel gebaseerde handelingen van de instellingen van de Gemeenschap in een zaak die aanhangig was bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar waren voor hoger beroep, was deze instantie gehouden, indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk achtte voor het wijzen van haar vonnis, het Hof van Justitie te verzoeken over deze vraag een uitspraak te doen. Door het schrappen van artikel 68 van het EG-Verdrag is dus niet meer slechts de hogere rechter hiertoe bevoegd. De vierde genoemde verandering, de bindende rechtskracht van het Handvest, is hiervoor toegelicht (hoofdstuk II, paragraaf 2.4).

8 Zie voor deze wijzigingen onder andere een persbericht van het Hof van Justitie: <http://www.statewatch.org/news/2009/nov/ecj-and-lisbon-treaty.pdf>.

9 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Asielbeleidsplan. Een geïntegreerde aanpak van bescherming in de hele EU, COM(2008)360.

2.2 Secundair EU-recht

Het secundaire EU-recht bestaat uit het recht dat door de instellingen op grond van het primaire EU-recht wordt gevormd. Artikel 2, sub f, van het VWEU bepaalt dat de Unie toeziet op de samenhang tussen haar verschillende beleidsmaatregelen en optredens, rekening houdend met het geheel van haar doelstellingen en met inachtneming van het beginsel van bevoegdheidstoedeling. Artikel 288 van het VWEU noemt de instrumenten waarmee de instellingen de toegekende bevoegdheden kunnen uitoefenen: de verordening, de richtlijn, het besluit, de aanbeveling en het advies. Een van de meest gehanteerde instrumenten is de *verordening* die de kenmerken heeft van een wet in materiële zin of een algemeen verbindend voorschrift, omdat deze van algemene strekking is, verbindend is in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk is in elke lidstaat.¹⁰ De verordening heeft voorrang boven elke nationale rechtsregel en is direct onderdeel van de nationale rechtsorde. De omzetting van een verordening in nationaal recht is niet toegestaan; het dwingende karakter van deze rechtsfiguur verzet zich hiertegen.

Een ander veel gehanteerd instrument is de *richtlijn* die een ander karakter kent. Artikel 115 van het VWEU bepaalt dat een richtlijn dient om de wetgeving van de lidstaten aan elkaar aan te passen. Artikel 288, derde zinsnede, van het VWEU beschrijft de richtlijn als een besluit dat verbindend is ten aanzien van het te bereiken resultaat, maar de lidstaten vrij laat bij het kiezen van de vorm en middelen om dit resultaat te bereiken. Een richtlijn kan dus worden omschreven als een bindende instructie van de EU aan de lidstaten om hun wetgeving aan de richtlijn aan te passen.¹¹

Enkele belangrijke voorbeelden van secundaire EU-asielregelgeving¹² zijn de Richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven (Definitierichtlijn),¹³ de Richtlijn 2005/85/EG van de Raad betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus (Procedurerichtlijn),¹⁴ de Verordening (EG) Nr. 343/2003 van de Raad van 18 februari 2003 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek dat door een onderdaan van een derde land bij een van de lidstaten wordt inge-

10 In het kader van het Europees asielbeleid valt te denken aan de Dublin II Verordening (*PbEU* L. 50/1).

11 Barents & Brinkhorst 2006, p. 186.

12 Zie onder meer over de Europese asielwetgeving in relatie tot het internationale recht: Battjes 2006.

13 Richtlijn 2004/83/EG van 29 april 2004, *PbEU* 2004, L 304/12.

14 *PbEU* 2005, L 326/13.

diend (Dublin II Verordening),¹⁵ en de Richtlijn 2001/55/EG van de Raad betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanning van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen (Tijdelijke beschermingsrichtlijn).¹⁶

Deze besluiten vinden hun huidige rechtsbasis in artikel 78 van het VWEU. De voornoemde besluiten zijn niet los te zien van de Opvangrichtlijn: zij bevatten soms bepalingen die van belang zijn voor de interpretatie van onderdelen van de Opvangrichtlijn. De vreemdeling bijvoorbeeld, die nog geen 'definitief besluit' op zijn asielverzoek heeft gehad, is een asielzoeker in de zin van de Opvangrichtlijn. Voor de omschrijving van het begrip 'definitief besluit' kan aansluiting worden gezocht bij de begripsbepaling 'definitieve beslissing' in de Procedurerichtlijn. Ook de gedachte van de lidstaten dat het bestaan van de opvangrichtlijn voorkomt dat asielzoekers het land van bestemming kiezen op grond van het hoge niveau van opvangvoorzieningen, toont de verwevenheid van deze richtlijn met de overige Europese asielwetgeving. Beide voorbeelden komen hierna aan de orde.

3. DE TOTSTANDKOMING VAN DE RICHTLIJN

Ook Richtlijn 2003/9/EG van de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten (hierna: de richtlijn)¹⁷ behoort tot het secundair EU-recht op asielgebied dat oorspronkelijk op artikel 63 van het EG-Verdrag was gebaseerd. Artikel 63 aanhef, eerste lid en onder b, van het EG-Verdrag schreef voor dat de Raad binnen vijf jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam volgens de procedure van artikel 67 van het EG-Verdrag (geschrapt in het VWEU) in overeenstemming met het Verdrag van Genève maatregelen aan diende te nemen ten aanzien van de minimumnormen voor de opvang van asielzoekers.

Het eerste lid van artikel 67 EG-Verdrag schreef voor dat de Raad gedurende een overgangsperiode van vijf jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam (1999) met eenparigheid van stemmen een besluit diende te nemen, op voorstel van de Commissie of op initiatief van een lidstaat en na raadpleging van het Europees Parlement. De Raad van de Europese Unie (de Raad) formuleerde in de Conclusies van Tampere (1999) de uitgangspunten bij de uitvoering

¹⁵ *PbEU* 2003, L 50/1.

¹⁶ *PbEG* 2001, L 212/12.

¹⁷ *PbEU* 2003, L 31/18. Zie voor de procedure en de documenten over de totstandkoming: COM (2001) 181 http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=nl&DossierId=164719.

van die titel.¹⁸ Een gemeenschappelijk Europees asielstelsel moest volgens de Conclusies op korte termijn een duidelijke, hanteerbare bepaling omvatten van de staat die verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek, alsook gemeenschappelijke normen voor een eerlijke en doeltreffende asielprocedure, gemeenschappelijke minimumvoorwaarden voor de opvang van asielzoekers en op elkaar afgestemde regels inzake de toekenning en de inhoud van de vluchtelingenstatus.

Met deze conclusies werd een reeds in 1995 onder Spaans EU-voorzitterschap ingediend (maar niet goedgekeurd) ontwerp voor een gemeenschappelijk optreden ten aanzien van de opvang van asielzoekers, weer actueel.¹⁹ De Raad besloot in het kader van een gemeenschappelijk Europees asielstelsel onder andere tot het vaststellen van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers.

Het onderwerp opvang van asielzoekers kwam vervolgens aan de orde op de bijeenkomst van de Raad van december 2000.²⁰ Na hernieuwd overleg met enkele lidstaten maakte de Commissie het voorstel in april 2001 bekend. Op 31 juli 2001 werd het voorstel voor de huidige richtlijn in de lidstaten door de Commissie ingediend.²¹ De Commissie heeft voor het voorstel onder andere gebruik gemaakt van een door haar geïnitieerde studie van het juridische kader en de bestuurlijke praktijken met betrekking tot de opvangvoorzieningen in de lidstaten.²² Ook een discussiestuk over de opvang van asielzoekers van de Franse delegatie bij de Werkgroep Asiel, is door de Commissie betrokken bij het voorstel.²³ Daarnaast pleegde de Commissie overleg met de lidstaten en raadpleegde zij de UNHCR en enkele belangrijke non-gouvernementele organisaties.²⁴ Deze organisaties hebben kritische kanttekeningen geplaatst bij het voorstel, evenals bij de definitieve versie van de richtlijn.²⁵ Deze kritiek betreft uiteenlopende aspecten van de richtlijn,

18 In punt 14 van paragraaf A II van De Conclusies van Tampere, naar welke conclusies considerans 3 van de richtlijn verwijst.

19 Zie voor de verwijzing naar dit oude voorstel: *PBEU* 2003, C 213 E.

20 Zie voor het concept van de conclusies van de Raad: raadsdocument 13117/00 van 28 november 2000; de aanneming van de conclusies is beschreven in raadsdocument 13965/00 van 30 november en 1 december 2000.

21 *PBEU* C 213 E van 31 juli 2001, p. 286.

22 DG Justitie en Binnenlandse Zaken, *Study on the legal framework and administrative practices in the Member States of the European Communities regarding reception conditions for persons seeking international protection*, november 2000: <http://ec.europa.eu/home-affairs/doc>.

23 Raadsdocument 9703/00, 23 juni 2000.

24 Volgens het Commissievoorstel is in ieder geval rekening gehouden met een studie van de UNHCR van juli 2000 en het *Fourth Report on Legal and Social Condition for Asylum Seekers and Refugees in Western European Countries*, Danish Refugee Council, mei 2000.

25 Zie bijvoorbeeld de documenten van UNHCR en ECRE op de websites www.unhcr.org en www.ecre.org met commentaar bij de totstandkoming van de richtlijn, bijvoor-

zoals de mogelijkheid van de lidstaat om opvangvoorzieningen te weigeren op grond van artikel 16, tweede lid, van de richtlijn. Dit onderdeel werd na discussie tussen de lidstaten op een later moment aan de richtlijn toegevoegd²⁶ en geeft de lidstaat de mogelijkheid te weigeren opvangvoorzieningen te verstrekken wanneer de asielzoeker niet kan bewijzen dat het asielverzoek zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk na de aankomst in de lidstaat werd ingediend. De kritiek hield in dat de asielzoeker door het onthouden van opvangvoorzieningen beroofd wordt van zijn primaire levensbehoeften ten tijde van de asielprocedure²⁷ en schending dreigt van artikel 3 EVRM.²⁸

De totstandkoming van de richtlijn is vanuit het perspectief van samenwerking tussen de lidstaten niet altijd zonder problemen verlopen: het recht van asielzoekers op toegang tot de arbeidsmarkt bijvoorbeeld heeft tot verdeeldheid onder de lidstaten geleid. Dit blijkt onder andere uit raadsdocumenten:²⁹ een verwijzing naar het Strategisch Comité immigratie, grenzen en asiel was nodig voordat overeenstemming over dit onderwerp werd bereikt. Uit de raadsdocumenten blijkt dat het gebrek aan eenheid over deze opvangvoorziening voortkomt uit de vrees van de lidstaten voor aanzuigende werking en voor het verlies van controle over de arbeidsmarkt.

Op 28 november 2002 bereikte de Raad ondanks voornoemde meningsverschillen alsnog een politiek akkoord over de (huidige) richtlijn, waarna de bekendmaking van het besluit van de Raad plaats vond. Op 6 februari 2003 trad de richtlijn mede gelet op artikel 27, richtlijn in werking.³⁰ Op grond van artikel 26 van de richtlijn dienden de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen uiterlijk op 6 februari 2005 officieel bekend te maken.

Het vaststellen van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers wordt door de lidstaten gezien als een zeer belangrijk instrument om een gemeenschappelijk asielbeleid dichterbij te brengen. De gedachte van de lidstaten is dat deze normen de verschillen in opvangvoorzieningen tussen de lidstaten zullen beperken zodat asielzoekers minder snel het land van bestemming kiezen ('shoppen')

beeld *Comments from ECRE on the European Commission Discussion Paper on Minimum Standards for the Reception of Applicants for Asylum in Member States*, December 2000.

26 Zie bijvoorbeeld raadsdocument 14658/02 van 22 november 2002.

27 Zie over dit aspect in het voorstel van de Commissie: Rogers 2002, p. 215-230, in het bijzonder p. 228.

28 Zie over de toepassing van artikel 3 EVRM in opvangzaken: *House of Lords in Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Adam and others* [2005] UKHL 66.

29 Bijvoorbeeld raadsdocument 5791/02 van 6 en 22 februari 2002; zie ook 5430/02 van 21 januari 2002.

30 Conform het tweede lid van artikel 254 van het EG-Verdrag (artikel 297 van het VWEU), dat op de publicatie van deze richtlijn van toepassing was.

op basis van het hogere niveau van de opvangvoorzieningen.³¹ Het principe dat iedere lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielaanvraag op zijn gebied, is volgens de lidstaten beter hanteerbaar als het niveau van voorzieningen in alle landen gelijk is. De richtlijn bevat daartoe een deel met algemene bepalingen, een deel met regels met betrekking tot onder andere materiële opvangvoorzieningen en de toegang tot de gezondheidszorg, regels met betrekking tot het beperken of intrekken van die opvangvoorzieningen en regels die moeten bijdragen aan de verbetering van nationale opvangregelingen.

Een toelichting bij de definitieve versie van de richtlijn ontbreekt. Informatie is wel te vinden in de toelichting op het voorstel van de Commissie³² voor de richtlijn. Een andere bron die de informatie per bepaling rangschikt is het verslag over het voorstel voor de richtlijn van de commissie vrijheden en rechten van de burger, justitie en binnenlandse zaken van het Europees parlement in het licht van het advies van het Europees Parlement in het kader van het geschrapte artikel 67, eerste lid, van het EG-Verdrag. De rapporteur van deze commissie had kritiek op het gebrek aan systematiek in de totstandkoming van de eerste fase van het Gemeenschappelijk asielstelsel en in richtlijn zelf. Het gebrek in systematiek in de opvangrichtlijn is volgens hem voor een belangrijk deel veroorzaakt door de Raad die naar aanleiding van de Conclusies van Tampere een niet logische volgorde van introductie van de verschillende Europese asielwetgeving voorschreef. Zijns inziens is daardoor de paradoxale situatie ontstaan dat de richtlijnen die volgens deze rapporteur het eerst zouden moeten worden goedgekeurd omdat zij uit oogpunt van systematiek als uitgangspunt voor de Opvangrichtlijn moesten dienen, later dan de opvangrichtlijn zijn goedgekeurd. Dit geldt in het bijzonder voor de Definitierichtlijn en de Procedurerichtlijn: de definities van asielzoeker en asielverzoek en de asielprocedures die in deze later dan de opvangrichtlijn gepubliceerde richtlijnen zijn opgenomen, zijn van groot belang voor het toepassingsbereik van de opvangrichtlijn. Dit verleidde de rapporteur van de commissie vrijheden en rechten van de burger, justitie en binnenlandse zaken van het Europees parlement tot de opmerking dat de EU bij de bouw van het gemeenschappelijk huis voor asielzoekers met het dak begint.³³

31 Rogers 2002 (p. 228) bekritiseert deze gedachte: 'The increasing obsession that Member States have with secondary movements and removing pull factors for asylum applicants is founded ultimately in a lack of political will to truly live up to international human rights standards and a lack of understanding of driving forces behind the behaviour of most asylum applicants.'

32 PBEG 2001, C 213 E, p. 286.

33 COM(2001)181 – C5-0248/2001 – 2001/0091 (CNS), PE 302.296.

4. EEN VOORSTEL VOOR EEN NIEUWE RICHTLIJN

De Commissie heeft in 2007 geconstateerd dat de *ruime* beslissingsbevoegdheid die in de verschillende bepalingen in de richtlijn aan de lidstaten wordt gelaten, 'het gewenste harmoniserende effect teniet doet'.³⁴ Deze conclusie trekt de Commissie in haar groenboek over de toekomst van het gemeenschappelijk Europees Asielstelsel.³⁵ Dit groenboek is mede gebaseerd op informatie uit het later verschenen verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over de toepassing van de richtlijn.³⁶ Uit het groenboek blijkt onder meer dat de uiteenlopende voorwaarden die de lidstaten na het politiek compromis over het recht op arbeid stellen, tot grote verschillen in de toegang van asielzoekers tot de arbeidsmarkt hebben geleid. Bepaalde lidstaten bieden die toegang zonder voorwaarden terwijl andere de toegang gedurende een jaar beperken. Deze verschillen zijn volgens de Commissie een direct gevolg van de ruime beslissingsbevoegdheid die als gevolg van het politiek compromis aan de lidstaten is geboden. Deze situatie doet volgens de Commissie de vraag rijzen of de voorwaarden en termijnen voor toegang tot de arbeidsmarkt niet strakker moeten worden geregeld.

In 2008 kondigde de Commissie in het Asielbeleidsplan³⁷ aan dat in het kader van het gemeenschappelijk Europees Asielstelsel een aantal voorstellen zou worden gedaan om een hogere graad van harmonisatie te bereiken en betere voorwaarden voor bescherming te scheppen. Tot deze voorstellen behoort ook het voorstel uit 2008 van de Commissie voor een richtlijn van het Europees Parlement en van de Raad tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers³⁸ dat de huidige richtlijn op een aantal punten beoogt te wijzigen. De nieuwe rechtsbasis voor de richtlijn die als gevolg van het Verdrag van Lissabon ontstond, is door een mededeling van de Commissie aan het voorstel toegevoegd.³⁹ Bovendien werd de gewone wetgevingsprocedure die artikel 294 VWEU

34 Met harmonisatie wordt in EU verband in algemene zin bedoeld: het nader tot elkaar brengen of het onderling aanpassen van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten (zie bijvoorbeeld in het kader van de gemeenschappelijke markt artikel 3.1.h (geschrapt) en artikel 115 van het VWEU).

35 COM(2007) 301 definitief. Raadsdocument 10516/07, 8 juni 2007, p. 5.

36 COM(2007) 745 definitief, 26 november 2007.

37 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Asielbeleidsplan. Een geïntegreerde aanpak van bescherming in de hele EU. COM(2008)360.

38 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten (Herschikking). COM(2008)815.

39 COM (2009) 665: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad: gevolgen van de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon voor de lopende interinstitutionele besluitvormingsprocedures. Zie bijlage 4.

vanaf de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in dit verband voorschrijft al op grond van artikel 251 van het EG-Verdrag gehanteerd.

Het Commissievoorstel uit 2008 is onder meer gebaseerd op een effectbeoordeling van de opvangrichtlijn waaruit meerdere problemen blijken bij de toepassing van de richtlijn.⁴⁰ Zo garandeert de richtlijn volgens de beoordeling niet steeds de geschikte normen voor het behandelen van asielzoekers bij de toegang tot de arbeidsmarkt, het niveau en de vorm van materiële opvangvoorzieningen, het voorzien in de behoeften van kwetsbare personen, bewaring, en de werksfeer van de richtlijn. Het gebrek aan geharmoniseerde opvangvoorzieningen kan volgens de effectbeoordeling secundaire asielstromen juist doen toenemen, hetgeen indruist tegen de doelstellingen van het gemeenschappelijk Europees Asielstelsel.

In de effectbeoordeling wordt onder meer aangeraden te verduidelijken dat de richtlijn van toepassing is op alle soorten asielprocedures inclusief het Dublin-systeem, en op alle geografische gebieden en voorzieningen waarin asielzoekers worden gehuisvest, inclusief bewaring. Ook wordt geadviseerd specifiek te waarborgen dat aanvragers van subsidiaire bescherming onder het toepassingsbereik vallen, de toegang tot de arbeidsmarkt wordt vergemakkelijkt, gepaste normen voor materiële opvangvoorzieningen worden vastgesteld, op gepaste wijze rekening wordt gehouden met de behoeften van kwetsbare groepen, bewaring alleen in uitzonderlijke gevallen wordt toegepast en de juridische waarborgen voor in bewaring gehouden asielzoekers worden versterkt. Deze punten zijn overgenomen in het commissievoorstel van 2008, dat vervolgens op meerdere plaatsen is gewijzigd als gevolg van een groot aantal door het Europees Parlement aangenomen amendementen.⁴¹ Uit een in 2009 aangenomen resolutie van het Europees Parlement blijkt de onvrede van het Parlement over het niveau van opvangvoorzieningen van verschillende lidstaten en de wens tot forse verbeteringen van deze voorzieningen.⁴² De voorgestelde veranderingen in de richtlijn behelzen soms principiële zaken die in de eerdere onderhandelingen over de richtlijn verdeeldheid veroorzaakten zoals het recht op werk en het niveau van de opvangvoorzie-

40 SEC(2008) 2945. Werkdocument van 3 december 2010 van de diensten van de Commissie bij het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten.

41 Het standpunt van het Europees Parlement over het voorstel is te vinden in PB C 212 E van 5 augustus 2010, p. 348. In het bijzonder over de bepalingen over bewaring: raadsdocument 9333/09 van 18 mei 2009: Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten (herschikking). Resultaat van de eerste lezing van het Europees Parlement (Straatsburg, 4 tot en met 7 mei 2009).

42 Resolutie van het Europees Parlement van 5 februari 2009 over de uitvoering in de EU van Richtlijn 2003/9/EG over de opvang van asielzoekers en vluchtelingen in de lidstaten: bezoeken van de LIBE-Commissie van 2005-2008, referentie: INI/2008/2235.

ningen. Ook het Europees Economisch en Sociaal Comité⁴³ en het Comité van de Regio's ⁴⁴ hebben vervolgens advies uitgebracht over de richtlijn. De voorbereidende instanties van de Raad zijn daarna verzocht 'opdracht te geven de werkzaamheden voort te zetten, rekening houdend met de door het Europees Parlement aangenomen wetgevingsresoluties, teneinde te komen tot de vereiste mate van overeenstemming in de Raad en te zijner tijd verdere contacten te leggen met het Europees Parlement.'⁴⁵

Het is in de Raad niet tot verdere besluitvorming over dit voorstel van de Commissie gekomen, omdat in het bijzonder de voorgestelde tekst over het recht op arbeid tot problemen in de onderhandelingen leidde. De Raad concludeerde daarom droogjes dat voor de behandeling van de voorstellen tot wijziging van de Procedure- en de Opvangrichtlijn meer tijd nodig is.⁴⁶

Mede naar aanleiding van deze problemen is een gewijzigd voorstel van de Commissie van 1 juni 2011⁴⁷ gepubliceerd. In het voorstel is een ietwat cryptische passage opgenomen waaruit blijkt wat de oplossing zou moeten zijn voor de stroef lopende onderhandelingen en het gebrek aan overeenstemming over het commissievoorstel van 2008:

'Het werd duidelijk dat, om te vermijden dat een groot aantal uitzonderingen moest worden opgenomen voor specifieke lidstaten waardoor de algemene samenhang van het voorgestelde systeem zou worden aangetast, het beter zou zijn dat de Commissie het voorstel zou herzien om een meer algemene oplossing voor de geschetste problemen voor te stellen en tegelijk de toegevoegde waarde van de tekst te bewaren. Verheldering en vereenvoudiging van de voorgestelde bepalingen om deze gemakkelijker uitvoerbaar te maken voor de lidstaten, zou de discussie een nieuwe impuls kunnen geven. Daarom heeft de Commissie in de Raad Justitie en Binnenlandse Zaken van 8 november 2010 aangekondigd dat zij vóór het begin van het Poolse voorzitterschap in 2011 zowel voor deze richtlijn als voor de richtlijn asielprocedures met een gewijzigd voorstel zou komen.'

Met het gewijzigde voorstel van 1 juni 2011 wil de Commissie naar eigen zeggen gebruikmaken van haar initiatiefrecht om vaart te zetten achter de opbouw van een echt gemeenschappelijk Europees asielstelsel. De doelstellingen voor de peri-

43 SOC/332 - CESE 1209/2009 van 16 juli 2009.

44 Comité van de Regio's, 5-7 oktober 2009: ADVIES van het Comité van de Regio's over het toekomstige gemeenschappelijke Europese asielstelsel II.

45 Raadsdocument 15414/09 van 20 november 2009 dat een voortgangverslag van het voorzitterschap over het CEAS bevat.

46 Zie raadsdocument 13703/10 van 27 september 2010 en 15561/10 van 29 oktober 2010. Zie ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32317, nr. 21, p. 3.

47 COM (2011) 320 definitief: Voorstel van de Commissie voor een richtlijn van het Europees Parlement en van de Raad tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers.

ode 2010-2014 van het programma van Stockholm⁴⁸ zijn de aanleiding voor dit initiatief van de Commissie. In het voorstel voor de richtlijn wijst de Commissie op de door de Unie gedane belofte in het Programma van Stockholm om het gemeenschappelijk Europees asielstelsel in 2012 te voltooien. Volgens het Stockholmse programma moeten de opvangvoorzieningen een menswaardige levensstandaard garanderen en overal in de Unie vergelijkbaar zijn, ongeacht waar het verzoek om internationale bescherming wordt ingediend.

Het gewijzigde voorstel van 2011 is overigens niet revolutionair te noemen, want gebaseerd op dezelfde beginselen als het voorstel van 2008. Volgens de Commissie is de toegevoegde waarde van het voorstel echter dat sommige bepalingen worden vereenvoudigd en verduidelijkt om de uitvoering ervan gemakkelijker te maken. Ook de voor het voorstel van 2008 uitgevoerde effectbeoordeling geldt nog onverkort voor het gewijzigde voorstel.

Toch zijn er wel voorbeelden van materiële veranderingen van het voorstel van 2008 te vinden. Zo werd in het voorstel van 2008 bepaald dat de lidstaten aan asielzoekers toegang tot de arbeidsmarkt moesten bieden binnen een half jaar nadat een verzoek om internationale bescherming is gedaan. In het voorstel van 2011 wordt deze bepaling wel gehandhaafd, maar tevens wordt de mogelijkheid voor de lidstaten geïntroduceerd om deze termijn in bepaalde gevallen te verlengen met nog een half jaar. Een wijziging die meer specifiek voor deze studie van belang is, is die van artikel 16, eerste lid, onder a, derde onderdeel, (de mogelijkheid van beperking en intrekking van de materiële opvangvoorzieningen bij een volgend asielverzoek) in het nieuwe artikel 20, eerste lid, onder c, van de richtlijn. In deze nieuwe bepaling wordt nadrukkelijk aansluiting gezocht bij de terminologie van de Procedurerichtlijn. In paragraaf 5.2.3 van dit hoofdstuk zijn de gevolgen van deze wijziging beschreven.

5. DE INHOUD VAN DE RICHTLIJN

5.1 Doelstellingen

Het nemen van maatregelen ten aanzien van de opvang van asielzoekers op grond van artikel 78, tweede lid, onder f van de VWEU behoort niet tot de exclusieve bevoegdheid van de Unie: deze heeft op grond van de VWEU een met de lidstaten gedeelde bevoegdheid op het gebied van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht (artikel 4, tweede lid, onder j van het VWEU). Artikel 5 van het VEU begrenst genoemde bevoegdheid door voor te schrijven dat de Unie slechts optreedt indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet

48 Als beschreven in par. 6.2, p. 32 van *Het programma van Stockholm – een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger* (2010/C 115/01). Het programma is een meerjarenprogramma van de Europese Raad voor de jaren 2010-2014.

voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt (subsidiariteitsbeginsel). Bovendien mag het optreden van de EU niet verder gaan dan nodig is om de doelstelling te verwezenlijken. De opvangrichtlijn is een maatregel als bedoeld in artikel 78, tweede lid, onder f van de VWEU en bevat als doel minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten op te stellen (artikel 1 van de richtlijn), die gelet op voornoemde beginselen zijn opgesteld. De richtlijn is een middel dat volgens zijn preambule 4 een bepaald doel dient: het zetten van een verdere stap in de richting van een gemeenschappelijk Europees asielbeleid. De toelichting bij het voorstel van de Commissie voor de richtlijn⁴⁹ noemt tevens een aantal subdoelen van de richtlijn: het waarborgen van een menswaardige levensstandaard, het streven om de verschillende opvangvoorzieningen voor asielzoekers en voor groepen met bijzondere behoeften (zoals minderjarigen) tijdens de asielprocedure te omschrijven, de mogelijkheden te schetsen die de nationale opvangregelingen doeltreffender maken, het creëren van vergelijkbare levensomstandigheden voor alle asielzoekers in de lidstaten omdat zij krachtens de Overeenkomst van Dublin niet zelf kunnen kiezen door welke lidstaat zij hun asielverzoek willen laten behandelen, en het beperken van secundaire stromen van asielzoekers die uitsluitend voortvloeien uit de verschillen in de opvangvoorzieningen. De Commissie biedt in haar voorstel geen onderbouwing van de aan het laatst genoemde doel ten grondslag liggende veronderstelling dat verschillen in de opvangvoorzieningen inderdaad zorgen voor ‘secundaire stromen asielzoekers.’

5.2 De richtlijn per hoofdstuk

De richtlijn bevat hoofdstukken met regels over: de begrippen en het doel van de richtlijn (I); de inhoud van de opvangvoorzieningen voor asielzoekers (II); het beperken of intrekken van die opvangvoorzieningen (III); personen met bijzondere behoeften zoals minderjarigen (IV); rechtsmiddelen tegen beslissingen over opvangvoorzieningen (V); de verbetering van de efficiency van de nationale opvangregelingen (VI); en slotbepalingen (VII). Hierna volgt in vogelvlucht een overzicht van enkele belangrijke bepalingen van deze hoofdstukken.

Hoofdstuk I bevat algemene bepalingen die de doelstelling verwoorden, de definities bieden van de begrippen die van belang zijn om de richtlijn goed toe te kunnen passen, en de reikwijdte van de richtlijn afbakenen. De richtlijn heeft volgens artikel 1 als doel minimumnormen vast te stellen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten. De opvangvoorzieningen als bedoeld in deze richtlijn bestaan ingevolge artikel 2 onder i richtlijn uit ‘alle maatregelen die de lidstaten overeenkomstig deze richtlijn treffen ten behoeve van asielzoekers’. De opvang-

⁴⁹ Tenzij anders aangegeven, wordt met het voorstel van de Commissie voor de richtlijn bedoeld het Commissievoorstel voor de opvangrichtlijn 2003/9, *PBEG* 2001, C 213 E, p. 286.

voorzieningen bestaan uit de speciaal in artikel 2 onder j richtlijn genoemde *materiële* opvangvoorzieningen als huisvesting, voedsel, kleding en een dagvergoeding, maar ook uit andere opvangvoorzieningen die de richtlijn beschrijft zoals onderwijs, werk, de maatregelen om de bewegingsvrijheid van de asielzoeker te beperken, en de mogelijkheid tot het instellen van rechtsmiddelen. Een belangrijke bepaling is artikel 3 dat het toepassingsbereik van de richtlijn beschrijft.

Hoofdstuk II omschrijft onder andere de minimumnormen die de lidstaten ten aanzien van materiële opvangvoorzieningen moeten bieden. Het uitgangspunt is volgens de toelichting bij het Commissievoorstel dat de levensomstandigheden van asielzoekers te allen tijde ‘menswaardig’ moeten zijn, maar dat ze moeten worden verbeterd indien asiolverzoeken als ‘ontvankelijk en niet als kennelijk ongegrond worden beschouwd of als de procedure te lang duurt’. De opvang van asielzoekers met bijzondere behoeften (hoofdstuk IV noemt onder anderen minderjarigen en slachtoffers van geweld als voorbeeld van asielzoekers met bijzondere behoeften) of asielzoekers in bewaring moet zijn toegesneden op de specifieke behoeften van de betrokkenen. De meest essentiële opvangvoorzieningen bestaan uit huisvesting, voedsel, kleding en een dagvergoeding. Deze in artikel 2 onder j richtlijn genoemde *materiële* opvangvoorzieningen dienen op grond van artikel 13, eerste lid van de richtlijn beschikbaar te zijn voor de asielzoeker op het moment van de asielaanvraag. Artikel 13, tweede lid van de richtlijn schrijft materiële opvangvoorzieningen voor asielzoekers voor met het oog op een levensstandaard die voldoende is om hun gezondheid te verzekeren en bestaansmiddelen te waarborgen. Het eind 2007 uitgebrachte verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement⁵⁰ signaleert problemen bij de omzetting van (onder meer) deze bepaling:

‘De grootste problemen wat betreft de toepassing van de richtlijn werden geconstateerd in lidstaten waar asielzoekers uitkeringen ontvingen. Deze uitkeringen zijn zeer vaak te laag om in het levensonderhoud te kunnen voorzien (...). De bedragen zijn slechts zelden evenredig met de minimale sociale bijstand die aan burgers wordt verleend, en zelfs als dat wel het geval is, kunnen de bedragen nog altijd ontoereikend zijn, aangezien asielzoekers niet kunnen terugvallen op familie en/of andere informele vormen van steun.’⁵¹

Hoofdstuk II bevat ook andere regels met betrekking tot de opvangvoorzieningen zoals over voorlichting, documentatie, bewegingsvrijheid, eenheid van het gezin, gezondheidszorg en onderwijs voor minderjarigen. Ook de toegang tot de ar-

50 COM(2007) 745 (definitief) van 26 november 2007, p. 7.

51 Verscheidene internationaalrechtelijke bepalingen bieden normen voor de voorzieningen (waaronder huisvesting) van vreemdelingen, zoals artikel 11 van het IVESCR; artikel 3 van het EVRM; artikel 1 van het Handvest van de Grondrechten van de EU; artikel 31 van het Europees Sociaal Handvest.

beidsmarkt en tot een beroepsopleiding is in dit hoofdstuk geregeld. Daaraan ligt volgens de toelichting bij het Commissievoorstel de overweging ten grondslag dat 'asielzoekers niet te lang moet worden uitgesloten van normale levensomstandigheden, wanneer zij niet verantwoordelijk zijn voor de lengte van de procedure en de procedure al lange tijd loopt.'

Hoofdstuk III beschrijft de mogelijkheden tot beperking, intrekking of het weigeren van opvangvoorzieningen en bevat één bepaling (artikel 16) die hierna uitgebreid wordt beschreven. Hoofdstuk IV bevat regels ten aanzien van personen met bijzondere behoeften zoals alleenstaande minderjarige asielzoekers, andere minderjarigen en personen die slachtoffer zijn geworden van marteling, verkrachting of andere ernstige geweldshandelingen. Dit hoofdstuk is een uitwerking van de negende considerans van de preambule 9 die voorschrijft dat de opvang van groepen met bijzondere behoeften moet zijn toegesneden op die bijzondere behoeften. Het onderdeel verplicht de lidstaten in hun nationale wetgeving rekening te houden met de specifieke situatie van kwetsbare personen. Deze verplichting tot wetgeving geldt op grond van dit onderdeel ten eerste ten aanzien van de materiële opvangvoorzieningen die in hoofdstuk II worden genoemd. Deze voorzieningen omvatten ingevolge artikel 2 onder j, richtlijn, huisvesting, voedsel, kleding en een dagvergoeding, welke voorzieningen nader worden omschreven in artikel 13 en 14 richtlijn. Daarmee vallen de overige in de richtlijn genoemde voorzieningen buiten de reikwijdte van dit onderdeel. Ten tweede moeten de lidstaten ook in hun nationale wetgeving ten aanzien van de gezondheidszorg rekening houden met genoemde kwetsbare groepen. Artikel 15 richtlijn bevat reeds minimumeisen voor de inrichting van de gezondheidszorg voor asielzoekers in het algemeen. Het tweede lid van dat artikel verplicht de lidstaten – na individuele beoordeling – de noodzakelijke medische of andere zorg aan asielzoekers met speciale behoeften te verstrekken.

Hoofdstuk V bestaat uit artikel 21 dat in het eerste lid het recht op beroep tegen negatieve opvangbeslissingen voorschrijft volgens de in de nationale wetgeving neergelegde procedures, waarbij tenminste in laatste instantie de mogelijkheid van beroep of toetsing voor een rechterlijke instantie moet worden geboden. In verband met deze studie wordt dit artikelonderdeel hierna beschreven.

De verbetering van de efficiency van de nationale opvangregelingen wordt in hoofdstuk VI van de richtlijn beschreven. Het hoofdstuk verplicht de lidstaten onder andere tot het inrichten van een systeem voor het sturen, bewaken en controleren van het niveau van de opvangvoorzieningen voor asielzoekers.

Het laatste hoofdstuk (VII) bevat slotbepalingen waarvan artikel 26 van bijzonder belang is omdat deze bepaling de lidstaten verplicht (heeft) de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking te laten treden om uiterlijk op 6 februari 2005 aan deze richtlijn te voldoen. Bovendien moeten de lidstaten die bepalingen van de richtlijn aannemen, in de bepalingen zelf of bij de officiële bekendmaking daarvan naar de richtlijn verwijzen.

Uitgelicht: artikelen 2 onder j, 3, 16 en 21, eerste lid van de richtlijn

In hoofdstuk I is de keuze voor een studie naar artikel 16 en 21, eerste lid van de richtlijn gemotiveerd. Zo bevat artikel 16 (gronden voor het intrekken, weigeren of beperken van opvangvoorzieningen) een mate van vrije beslissingsbevoegdheid die bij omzetting ervan mogelijk kan leiden tot verschillen in opvangvoorzieningen in de lidstaten. Artikel 21, eerste lid (recht op beroep op een rechter) kan gelet op het beginsel van procedurele autonomie op uiteenlopende wijze in het nationale recht worden omgezet.

Hierna wordt ook de omzetting van artikel 3 van de richtlijn in deze studie betrokken omdat een direct verband bestaat tussen deze bepaling en artikel 16 van de richtlijn. De omschrijving van de doelgroep in artikel 3 heeft tot gevolg dat opvangvoorzieningen aan bepaalde groepen asielzoekers kunnen worden onthouden. In de rechtspraak zien we dat bijvoorbeeld discussie bestaat over de vraag of het onthouden van opvangvoorzieningen aan asielzoekers die in afwachting zijn van de mogelijkheid tot het formeel indienen van hun asielaanvraag in overeenstemming is met artikel 3 van de richtlijn.

Voordat genoemde bepalingen worden belicht, zal eerst worden ingegaan op de vraag welke materiële opvangvoorzieningen in de zin van artikel 2, onder j, van de richtlijn onderwerp kunnen zijn van beslissingen in de zin van artikel 16 van de richtlijn.

5.2.1 Materiële opvangvoorzieningen: artikel 2 onder j

Artikel 2 Definities

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder (...):

j) "materiële opvangvoorzieningen": huisvesting, voedsel en kleding, die in natura of in de vorm van uitkeringen of tegoedbonnen worden verstrekt, alsmede een dagvergoeding;

De asielzoeker die tot de doelgroep van de richtlijn behoort (zie hierna) heeft het recht op opvangvoorzieningen in de zin van artikel 2 onder i, van de richtlijn, dat wil zeggen: alle maatregelen die de lidstaten overeenkomstig de richtlijn voor asielzoekers treffen. Voorzieningen als onderwijs, werk, de maatregelen om de bewegingsvrijheid van de asielzoeker te beperken en de mogelijkheid tot het instellen van rechtsmiddelen behoren ook tot de opvangvoorzieningen. De term opvangvoorzieningen omvat dus veel meer dan alleen de in artikel 2 onder j richtlijn genoemde *materiële* opvangvoorzieningen huisvesting, voedsel, kleding en een dagvergoeding.⁵² Deze studie beperkt zich echter tot de materiële opvangvoorzieningen (artikel 2 onder j): als hierna wordt gesproken over opvangvoorzieningen worden hiermee materiële opvangvoorzieningen bedoeld.

⁵² Zie voor een nadere omschrijving van deze voorzieningen artikelen 13 en 14 van de Opvangrichtlijn.

Deze in artikelen 13 en 14 van de richtlijn nader beschreven voorzieningen moeten op grond van deze bepalingen beschikbaar zijn wanneer de asielzoeker zijn asielverzoek indient en door de lidstaat worden geboden met het oog op een levensstandaard die voldoende is om hun gezondheid te verzekeren en bestaansmiddelen te waarborgen.⁵³

Hierna wordt niet ingegaan op de materiële opvangvoorzieningen van asielzoekers in bewaring, minderjarige asielzoekers of andere groepen asielzoekers waarvoor de richtlijn bijzondere bepalingen bevat.⁵⁴ De nadruk ligt in deze studie op de volwassen asielzoeker die een asielverzoek indient en zijn asielverzoek anders dan in bewaring in Nederland mag afwachten.

5.2.2 Werkingssfeer: artikel 3

1. Deze richtlijn is van toepassing op alle onderdanen van derde landen en staatlozen die een asielverzoek aan de grens of op het grondgebied van een lidstaat indienen voor zover zij als asielzoeker op het grondgebied mogen verblijven, alsmede op de gezinsleden, indien zij overeenkomstig het nationale recht onder dit asielverzoek vallen.

2. De richtlijn is niet van toepassing op verzoeken om diplomatiek of territoriaal asiel die bij vertegenwoordigingen van de lidstaten worden ingediend.

3. Deze richtlijn is niet van toepassing wanneer de bepalingen van Richtlijn 2001/55/EG van de Raad van 20 juli 2001 betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke

bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanningen van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen (...) toegepast worden.

4. De lidstaten kunnen besluiten deze richtlijn toe te passen op procedures waarin wordt beslist over verzoeken om andere vormen van bescherming dan die welke uit het Verdrag van Genève voortvloeit ten gunste van onderdanen van derde landen of staatlozen die niet als vluchteling worden aangemerkt.

Artikel 3 is in het bijzonder van belang voor het recht op opvangvoorzieningen voor asielzoekers omdat het de werkingssfeer van de richtlijn bepaalt. De richtlijn is volgens het eerste lid van deze bepaling van toepassing op alle onderdanen van derde landen en staatlozen die een asielverzoek aan de grens of op het grondgebied van een lidstaat indienen, voor zover zij als asielzoeker op het

⁵³ Artikel 13, eerste en tweede lid, van de Opvangrichtlijn.

⁵⁴ Over de normen van huisvesting voor minderjarigen bijvoorbeeld: Europees Comité voor Sociale Rechten over de toepassing van het Europees Sociaal handvest, 20 oktober 2009, JV 2010/150, m.nt. P. Minderhoud en F.F. Larsson (*Defence for Children/Nederland*).

grondgebied mogen verblijven, alsmede op de gezinsleden, indien zij overeenkomstig het nationale recht onder dit asielverzoek vallen.

Het begrip ‘asielverzoek’ wordt gedefinieerd als *een door een onderdaan van een derde land of een staatloze ingediend verzoek dat kan worden opgevat als een verzoek om internationale bescherming door een lidstaat uit hoofde van het Vluchtelingenverdrag* (artikel 2, onderdeel b). ‘Asielzoeker’ wordt in de huidige richtlijn omschreven als *een onderdaan van een derde land of een staatloze die een asielverzoek heeft ingediend waarover nog geen definitief besluit is genomen* (artikel 2 onderdeel c).

De doelgroep van de richtlijn bestaat dus uit de vreemdeling die een verzoek om internationale bescherming heeft ingediend, op welk verzoek nog geen definitief besluit is genomen, en als asielzoeker op het grondgebied mag verblijven.

De richtlijn biedt geen sluitende omschrijving van deze begrippen. Voor een beter begrip en invulling van de gebruikte termen worden hierna tevens andere instrumenten van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel betrokken, zoals de Procedurerichtlijn, de Definitierichtlijn en de Dublinverordening.

Verzoek om internationale bescherming

Een ‘verzoek om internationale bescherming’ dient volgens de Opvangrichtlijn te zijn gedaan uit hoofde van het Vluchtelingenverdrag. Als het voorstel van de Commissie voor een nieuwe opvangrichtlijn van 2011 wordt aangenomen, wordt niet meer het begrip asielverzoek maar het woord ‘verzoek’ gehanteerd.

Het voorgestelde artikel 2, aanhef en onder a van de richtlijn bepaalt dat dit een verzoek is om internationale bescherming in de zin van de Richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven (Definitierichtlijn, in het voorstel Erkenningsrichtlijn genoemd).⁵⁵ Dit verzoek om internationale bescherming is op grond van artikel 2, aanhef en onder g van de Definitierichtlijn een verzoek van een onderdaan van een derde land of een staatloze om bescherming van een lidstaat die kennelijk de vluchtelingenstatus of de subsidiaire-beschermingsstatus wenst en niet uitdrukkelijk verzoekt om een andere, niet onder deze richtlijn vallende vorm van bescherming waarom afzonderlijk kan worden gevraagd. Volgens het voorstel wordt dus anders dan voorheen onder het begrip verzoek ook uitdrukkelijk een verzoek om subsidiaire bescherming begrepen.

Wijze van indienen

De richtlijn bevat geen bepalingen over de wijze waarop een asielverzoek zou moeten worden ingediend. Ook de Procedurerichtlijn⁵⁶ bevat dergelijke bepalingen niet, maar bepaalt dat lidstaten kunnen voorschrijven dat asielverzoeken

⁵⁵ Richtlijn 2004/83/EG, *PbEU* 2004, L 304/12. In deze studie wordt de meer ingeburgerde term Definitierichtlijn gehanteerd.

⁵⁶ *PbEU* 2005, L 326/13.

persoonlijk en/of op een aangewezen plaats moeten worden ingediend.⁵⁷ Dit betekent dat het nationale recht in beginsel beslissend is voor het antwoord op de vraag wanneer een asielverzoek is 'ingediend'.⁵⁸ De Dublinverordening bepaalt echter dat een asielverzoek is ingediend vanaf het tijdstip waarop de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat een door de asielzoeker ingediend formulier of een door de autoriteiten opgesteld proces-verbaal hebben ontvangen. Bij een mondeling verzoek moet de termijn tussen de intentieverklaring en het opstellen van een proces-verbaal zo kort mogelijk zijn.⁵⁹ Dit betekent dat de lidstaten kunnen bepalen dat een asielverzoek kan worden ingediend door het invullen van een formulier of door het opstellen van een proces-verbaal door de autoriteiten. In het laatste geval moet de termijn tussen de intentieverklaring door de asielzoeker en het opstellen van het proces-verbaal door de autoriteiten, zo kort mogelijk zijn.

Hieruit kan worden afgeleid dat de termijn tussen de verklaring door de asielzoeker dat hij asiel wil aanvragen en de daarop volgende handeling door de autoriteiten zo kort mogelijk dient te zijn, omdat ook voor het indienen van een schriftelijk asielverzoek een handeling door de bevoegde autoriteiten noodzakelijk is.

Asielzoeker en definitief besluit

'Asielzoeker' wordt in de huidige richtlijn gedefinieerd als

een onderdaan van een derde land of een staatloze die een asielverzoek heeft ingediend waarover nog geen definitief besluit is genomen (artikel 2 onderdeel c).

Het begrip 'definitief besluit' wordt niet nader gedefinieerd maar aangenomen moet worden dat deze term overeenkomt met 'definitieve beslissing' in de zin van de Procedurerichtlijn.⁶⁰ 'Definitieve beslissing' wordt in deze richtlijn omschreven als

een beslissing of de onderdaan van een derde land of de staatloze de vluchtelingenstatus wordt verleend overeenkomstig Richtlijn 2004/83/EG, waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat in het kader van hoofdstuk V, ongeacht of dit rechtsmiddel tot

⁵⁷ Artikel 6, eerste lid, van de Procedurerichtlijn.

⁵⁸ Zie in deze zin ook Rechtbank 's-Gravenhage, zp. Den Bosch 14 juni 2006, AWB 06/26452 (niet gepubliceerd). '(...) Bij het ontbreken van specifieke bepalingen omtrent de wijze waarop of de vorm waarin een asielverzoek zou moeten worden gedaan alsmede omtrent de wijze waarop een asielverzoek zou moeten worden behandeld staat het de lidstaten in beginsel vrij om de organisatie van de behandeling van asielverzoeken naar eigen inzicht in te richten.'

⁵⁹ Artikel 4, tweede lid, van de Dublinverordening II.

⁶⁰ Zie in deze zin ook ABRvS 25 februari 2009, JV 2009/173 m.nt. Larsson, AB 2009/266 m.nt. C.H. Slingenberg.

*gevolg heeft dat de asielzoekers in de lidstaten mogen blijven in afwachting van het resultaat (...).*⁶¹

Artikel 39 Procedurerichtlijn bepaalt dat asielzoekers in ieder geval hangende een beslissing in eerste aanleg *als asielzoeker op het grondgebied mogen verblijven*.⁶² Op grond van hoofdstuk V van de Procedurerichtlijn dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat voor asielzoekers een daadwerkelijk rechtsmiddel bij een rechterlijke instantie openstaat tegen een beslissing die inzake hun asielverzoek is gegeven (artikel 39, lid 1). Hieruit kan worden afgeleid dat pas een definitieve beslissing omtrent een asielverzoek is genomen nadat een rechterlijke instantie de primaire beslissing over het asielverzoek heeft getoetst of nadat de asielzoeker geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om een rechtsmiddel in te stellen.

De asielzoeker mag op het grondgebied verblijven

De Opvangrichtlijn schrijft niet voor in welke gevallen asielzoekers op het grondgebied van de lidstaat mogen verblijven. De Procedurerichtlijn bepaalt echter dat een asielzoeker in de lidstaat mag blijven totdat de beslissingsautoriteit in eerste aanleg een beslissing heeft genomen op het asielverzoek.⁶³ Lidstaten mogen op deze hoofdregel slechts een uitzondering maken bij een tweede of volgend asielverzoek dat niet verder zal worden behandeld of indien zij de persoon zullen overdragen of uitleveren aan een ander land of een internationaal strafhof of tribunaal.⁶⁴

De lidstaten moeten volgens de Procedurerichtlijn in overeenstemming met de internationale verplichtingen voorschriften vaststellen waaruit blijkt of een beroep van de asielzoeker tegen de beslissing op het asielverzoek tot gevolg heeft dat hij in afwachting van de beroepsprocedure in de lidstaat mag verblijven.⁶⁵ Ook moet uit de voorschriften blijken dat sprake is van een daadwerkelijk rechtsmiddel wanneer het rechtsmiddel niet het gevolg heeft dat de asielzoeker in afwachting van de uitkomst in de betrokken lidstaat mag blijven.

Het nationale recht is dus bepalend voor een antwoord op de vraag of een asielzoeker op het grondgebied mag verblijven na de beslissing in eerste aanleg. Voorwaarde is dat het nationale recht in overeenstemming met de internationale verplichtingen van de lidstaat is opgesteld.

De algemene beginselen van EU-recht spelen een belangrijke rol bij de interpretatie van de Procedurerichtlijn, waarbij de jurisprudentie van het Europese

61 Artikel 2, onder d, van de Procedurerichtlijn.

62 De beslissing over het al dan niet verlenen van schorsende werking aan het beroep wordt dus overgelaten aan de lidstaten.

63 Artikel 7, eerste lid 1, van de Procedurerichtlijn.

64 Artikel 7, tweede lid, van de Procedurerichtlijn.

65 Artikel 39, derde lid, van de Procedurerichtlijn.

Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) van bijzonder belang is.⁶⁶ Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat in zaken waarin een 'arguable claim' wordt gedaan op artikel 3 EVRM, een rechtsmiddel zonder rechtens automatische schorsende werking niet aan de vereisten van art. 13 EVRM voldoet.⁶⁷ Als een 'arguable claim' op artikel 3 EVRM wordt gedaan, dient van rechtswege schorsende werking aan het beroep te zijn verbonden.

5.2.3 Beperking of intrekking van opvangvoorzieningen: artikel 16

Artikel 16 Beperking of intrekking van opvangvoorzieningen

1. De lidstaten kunnen de opvangvoorzieningen in de volgende gevallen beperken of intrekken:

a) indien een asielzoeker

— de door de bevoegde instanties vastgestelde verblijfplaats verlaat zonder deze instanties op de hoogte te stellen of, indien toestemming vereist is, zonder toestemming, of,

— gedurende een in het nationale recht vastgestelde redelijke termijn niet voldoet aan de meldingsplicht of aan verzoeken om informatie te verstrekken of te

verschijnen voor een persoonlijk onderhoud betreffende de asielprocedure, dan wel

— reeds een asielverzoek ingediend heeft in dezelfde lidstaat.

Wanneer de asielzoeker wordt opgespoord of zich vrijwillig bij de betrokken instantie meldt, wordt een met redenen omklede, op de redenen voor de verdwijning gebaseerde beslissing genomen inzake het opnieuw verstrekken van sommige of alle opvangvoorzieningen;

b) indien een asielzoeker financiële middelen verborgen heeft gehouden en daardoor ten onrechte aanspraak op de bij deze richtlijn vastgestelde materiële en financiële opvangvoorzieningen heeft gemaakt.

Indien komt vast te staan dat een asielzoeker over voldoende middelen beschikte om in die basisbehoeften te voorzien toen de materiële opvangvoorzieningen werden verstrekt, mogen de lidstaten hem vragen deze voorzieningen te vergoeden.

2. Een lidstaat mag weigeren de opvangvoorzieningen te verstrekken wanneer de asielzoeker niet kan bewijzen dat het asielverzoek zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk na de aankomst in de lidstaat werd ingediend.

3. De lidstaten kunnen sancties vaststellen op ernstige inbreuken op de regels met betrekking tot de opvangcentra en op ernstige vormen van geweld.

66 Zie o.a. Zaak C-540/03, *Parlement tegen Raad*, Jur. 2006, p.I-5769, JV 2006/313 m.nt. Boeles, r.o. 35.

67 Zie EHRM 26 april 2007, JV 2007/252, m.nt. Spijkerboer, AB 2007/227 m.nt. Battjes (Gebremedhin/Frankrijk); EHRM 20 september 2007, JV 2007/462, m.nt. Spijkerboer (Sultani/Frankrijk).

- 4. De in de leden 1, 2 en 3 bedoelde beslissingen tot beperking, intrekking of wijziging van opvangvoorzieningen of sancties worden individueel, objectief en onpartijdig genomen en met redenen omkleed. De beslissingen worden genomen op grond van de specifieke situatie van de betrokkene, met name voor personen die onder artikel 17 vallen, en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel. De lidstaten zien erop toe dat asielzoekers te allen tijde toegang hebben tot medische noodhulp.*
- 5. De lidstaten zorgen ervoor dat er geen materiële opvangvoorzieningen beperkt of ingetrokken worden voordat er een negatieve beslissing genomen is.*

Artikel 16 moet worden gelezen in het licht van preambule 12 die voorschrijft dat ‘misbruik van het opvangstelsel moet worden tegengegaan’ door te bepalen in welke gevallen opvangvoorzieningen voor asielzoekers kunnen worden beperkt, geweigerd of ingetrokken. De opsomming van de gronden in artikel 16 van de richtlijn is volgens de toelichting bij het Commissievoorstel uitputtend bedoeld: documenten over de totstandkoming van de richtlijn bieden geen aanleiding om aan te nemen dat dit in de uiteindelijk vastgestelde richtlijn anders is. De toelichting bij het Commissievoorstel geeft bovendien aan dat een beslissing over opvangvoorzieningen als bedoeld in artikel 16 het gevolg moet zijn van ‘negatief gedrag’ van de asielzoeker. Uit de hierna volgende beschrijving van de verschillende onderdelen van artikel 16 zal blijken welk soort gedrag in de richtlijn als negatief gedrag wordt gekenmerkt.

Het is volgens het Commissievoorstel bij de richtlijn van zeer groot belang dat tegen de in artikel 16 beschreven beslissingen beroep kan worden ingesteld bij een onafhankelijke rechter omdat de beperking, weigering of intrekking van opvangvoorzieningen van invloed kan zijn op de levensstandaard van asielzoekers.⁶⁸ Deze beroepsmogelijkheid is opgenomen in artikel 21, eerste lid van hoofdstuk V van de richtlijn.

Om de levensstandaard en grondrechten van asielzoekers te waarborgen en gelet op de rechtspraak werd in het voorstel van de Commissie van 2008 voor een nieuwe opvangrichtlijn de mogelijkheid van volledige intrekking van de materiële opvangvoorzieningen als beschreven in het eerste lid van artikel 16 van de richtlijn, geschrapt. De ratio voor deze beslissing blijkt uit de toelichting bij het voorstel uit 2008:

⁶⁸ Een aantal NGO's heeft bij de totstandkoming van artikel 16 van de richtlijn, aangegeven dat deze bepaling in strijd is met artikel 11, eerste lid, van het IVESCR. Bijvoorbeeld UNHCR over een eerdere versie van artikel 16, het oude artikel 17: <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/43661ff52.pdf>.

‘Aangezien het beperken of intrekken van opvangvoorzieningen een grote invloed kan hebben op de levensstandaard van asielzoekers, vindt de Commissie het echter belangrijk te waarborgen dat asielzoekers in die omstandigheden nooit in armoede worden gelaten en dat de grondrechten worden geëerbiedigd. In dit verband en ook gelet op de huidige rechtspraak beperkt het voorstel de omstandigheden waarin de opvangvoorzieningen volledig kunnen worden ingetrokken en waarborgt het dat asielzoekers in bepaalde gevallen de noodzakelijke behandeling van ziekten en geestesstoornissen kunnen blijven krijgen. De Commissie is ook van oordeel dat het uiterst belangrijk is dat besluiten over deze kwesties voor nationale rechterlijke instanties kunnen worden aangevochten.’

Het is dan ook zeer opvallend en niet bepaald consequent dat het voorstel van de Commissie van 2011 voor een nieuwe opvangrichtlijn de mogelijkheid van volledige intrekking van de materiële opvangvoorzieningen, naast de mogelijkheid van beperking, in artikel 16, eerste lid, van de richtlijn, toch gewoon in stand laat.

Artikel 16, eerste lid: beperken of intrekken opvangvoorzieningen bij afwezigheid, niet melden en het indienen van een volgend asielverzoek

Artikel 16, eerste lid, onder a, van de richtlijn geeft de lidstaat de bevoegdheid in een drietal nauwkeurig omschreven gevallen opvangvoorzieningen *te beperken of in te trekken*.

De eerste twee gronden tot beperking of intrekking doen zich voor als de asielzoeker zonder toestemming de verblijfplaats verlaat, of als hij niet voldoet aan de meldingsplicht of aan verzoeken informatie te verstrekken of aan de plicht voor een persoonlijk onderhoud te verschijnen. Het doel van het opnemen van deze gronden is volgens het Commissievoorstel de bestraffing van negatief gedrag van de asielzoekers die getuigen van hun gebrek aan belangstelling voor de asielprocedure. De Commissie schrijft:

‘Asielzoekers die zonder redelijke verklaring verdwijnen of die gedurende ten minste dertig werkdagen niet voldoen aan hun meldingsplicht of aan verzoeken om informatie te verstrekken of te verschijnen voor een persoonlijk onderhoud betreffende de asielprocedure, geven er duidelijk blijk van dat zij niet voornemens zijn met de beslissende instantie mee te werken dan wel dat zij voornemens zijn zich zonder geldige reden schuil te houden.’

De dertig dagen termijn heeft het niet gehaald: in de huidige richtlijn ontbreekt deze termijn, maar overigens blijft de strekking van de bepaling dezelfde.

Artikel 16, eerste lid, onder a, van de richtlijn noemt een derde grond, die in het voorstel voor de richtlijn oorspronkelijk niet voorkwam: het indienen van een tweede of volgende asielaanvraag in dezelfde lidstaat. Het is mij niet geheel duidelijk hoe de intrekking of beperking vanwege een eerder in dezelfde lidstaat ingediend asielverzoek zich verhoudt tot de gedachte van het voorstel voor deze bepaling, die inhoudt dat sprake dient te zijn van ‘negatief gedrag’ als reden van

de intrekking van opvangvoorzieningen. Deze grond is in een later stadium aan de richtlijn toegevoegd, onder andere op initiatief van Nederland.⁶⁹ Uit kamerstukken⁷⁰ blijkt dat Nederland bij de totstandkoming van de richtlijn heeft aangegeven dat het van belang achtte dat op grond van artikel 16 richtlijn ook de groep indieners van een tweede of volgende asielaanvraag opvang kon worden onthouden, overeenkomstig de toenmalige Nederlandse praktijk.⁷¹

Het voorstel van 2011 voor een nieuwe richtlijn beoogt een wijziging van artikel 16. De tekst van artikel 16, eerste lid, onder a, van de richtlijn wordt volgens het voorstel gewijzigd in artikel 20, eerste lid, onder c. De lidstaten kunnen de materiële opvangvoorzieningen volgens dit voorgestelde onderdeel niet meer beperken of intrekken als sprake is van een asielverzoek dat reeds is ingediend in dezelfde lidstaat, maar als een asielzoeker een *volgend verzoek* in de zin van artikel 2, onder q, van de richtlijn asielprocedures (ook: Procedurerichtlijn) heeft ingediend.⁷²

Belangrijk is dat het voorstel voor de richtlijn asielprocedures een definitie en ook specifiekere regels bevat voor de behandeling van een *volgend verzoek*. Zo is een *volgend asielverzoek* in het meest recente voorstel voor de richtlijn asielprocedures 'een verzoek dat wordt ingediend nadat een definitieve beslissing over een vorig verzoek is genomen, met inbegrip van de gevallen waarin de verzoeker zijn verzoek expliciet heeft ingetrokken en de gevallen waarin de beslissingsautoriteit een verzoek heeft afgewezen na de impliciete intrekking ervan overeenkomstig artikel 28, lid 1'. Over de behandeling van een *volgend verzoek* bepaalt artikel 40, lid 3 van het voorstel voor de richtlijn asielprocedures dat bij 'nieuwe elementen of bevindingen' die de kans aanmerkelijk groter maken dat de verzoeker voor erkenning als vluchteling of voor subsidiaire bescherming in aanmerking komt, de gewone asielprocedure van hoofdstuk II van de richtlijn asielprocedures dient te worden gevolgd.

Deze richtlijn beschouwt een *volgend verzoek* dus onder voorwaarden als een 'gewoon' verzoek om internationale bescherming.

Als zo'n gewoon asielverzoek is ingediend, de asielprocedure loopt, en de asielzoeker op het grondgebied van de lidstaat mag verblijven, voldoet hij ook aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 3 van de opvangrichtlijn. Maar toch kunnen onder het nieuwe voorstel de materiële opvangvoorzieningen van deze asielzoeker met een *volgend verzoek* worden beperkt of ingetrokken, omdat het voorgestelde nieuwe artikel 20, eerste lid, onder c, geen onderscheid maakt tussen een *volgend verzoek* met nieuwe elementen of bevindingen die de kans aanmerkelijk groter maken dat de verzoeker voor erkenning als vluchteling of voor

69 Raadsdocument 6253/02 van 15 februari 2002.

70 *Kamerstukken I en II*, 2001/2002, 23 490, nrs. 13j en 231.

71 De uitsluiting van deze groep van het recht op voorzieningen is intussen uit de Rva 2005 geschrapt.

72 In het voorstel van de Opvangrichtlijn van 2011 wordt abusievelijk naar artikel 20, lid 2, onder q, van de richtlijn asielprocedures verwezen.

subsidiare bescherming in aanmerking komt, en andere volgende verzoeken. Deze situatie doet geen recht aan de in de preambule opgenomen ratio die aan het bieden van de mogelijkheid tot beperking of intrekking van de opvangvoorzieningen ten grondslag ligt, namelijk het voorkomen van misbruik van de materiële opvangvoorzieningen.

Artikel 16, eerste lid, onderdeel b van de huidige richtlijn noemt ten slotte als vierde grond voor intrekking of beperking van de opvangvoorzieningen de situatie dat een asielzoeker financiële middelen verborgen heeft gehouden en daardoor ten onrechte aanspraak op de bij deze richtlijn vastgestelde materiële en financiële opvangvoorzieningen heeft gemaakt.

Artikel 16, tweede lid: weigeren opvangvoorzieningen bij niet tijdig indienen asielverzoek
Artikel 16, tweede lid, richtlijn, geeft de lidstaat de mogelijkheid te *weigeren* de opvangvoorzieningen te verstrekken wanneer de asielzoeker niet kan bewijzen dat het asielverzoek zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk na de aankomst in de lidstaat werd ingediend. Deze bepaling is op initiatief van het Verenigd Koninkrijk en gesteund door Oostenrijk in de richtlijn opgenomen.⁷³ Artikel 16, tweede lid, richtlijn, is identiek aan artikel 55, eerste lid, van de Britse *Nationality, Immigration and Asylum Act*. Deze laatste bepaling beoogde de Britse regering de bevoegdheid te geven voedsel en onderdak te onthouden aan asielzoekers die hun aanvraag niet 'zo snel als redelijkerwijs mogelijk' indienen. Het Britse *High Court of Justice*⁷⁴ oordeelde echter al kort na de vaststelling van de richtlijn dat de toepassing van de Britse bepaling onder omstandigheden in strijd is met artikel 3 van het EVRM. Het Hof besliste dat het onthouden van voedsel en onderdak een schending is van de mensenrechten van de asielaanvrager en een overtreding van het verbod op onmenselijke en vernederende behandeling, als het risico bestaat dat de asielzoeker in armoede vervalt en zijn gezondheid in gevaar komt. Op een schriftelijke vraag van een Europees Parlements lid over deze uitspraak antwoordde de Raad dat de nationale beroepsprocedure tegen deze uitspraak nog liep en dat een mogelijke wijziging van de richtlijn slechts plaats kon vinden volgens de daartoe bestemde procedure van artikel 251 van het EG-Verdrag.⁷⁵

In dit kader is van belang dat de Raad tegelijkertijd met de aanname van de richtlijn door de Raad⁷⁶ specifiek ten aanzien van artikel 16, tweede en vierde lid, van de richtlijn onder meer verklaart:

'Met betrekking tot de toepassing van artikel 16, leden 2 en 4, bevestigt de Raad dat de lidstaten in alle gevallen: – hun internationale verplichtingen ten aanzien van de menselijke waardigheid, waaronder het Europees Verdrag voor de rechten van de

73 Zie raadsdocument 14658/02 van 27 november 2002.

74 Zie het oordeel van 19 februari 2002, Case No: CO/0113/2002.

75 Raadsdocument 7351/03 van 13 maart 2003.

76 Raadsdocument 5738/03 van 4 februari 2003.

mens, met name de verplichtingen van artikel 3,⁷⁷ zullen nakomen om te waarborgen dat niemand aan een onmenselijke of onterende behandeling wordt onderworpen;⁷⁸

Inmiddels heeft de House of Lords (nu Supreme Court of the United Kingdom) de zienswijze van het Britse High Court of Justice in hoger beroep in een aantal zaken bevestigd.⁷⁹

In het commissievoorstel van 2011 voor een nieuwe richtlijn is artikel 16, tweede lid van de richtlijn geschrapt.

Artikel 16, derde lid: sancties bij ernstige inbreuken op opvangregels

Artikel 16, derde lid schrijft voor dat de lidstaten *sancties* kunnen vaststellen op ernstige inbreuken op de regels met betrekking tot de opvangcentra en op ernstige vormen van geweld.

De bedoelde sancties kunnen op grond van dit onderdeel alleen worden opgelegd in opvangcentra in de zin van artikel 2, aanhef onder k, richtlijn. De termen 'ernstige inbreuken', 'ernstige vormen van geweld' en 'sancties' worden in de toelichting bij dit artikel in het Commissievoorstel niet toegelicht. Een sanctie in de zin van dit onderdeel bestaat uit het intrekken of het beperken van de opvangvoorzieningen.

Artikel 16, vierde lid: eisen aan beslissingen

Artikel 16 vierde lid stelt eisen aan beslissingen die de lidstaat onder meer nopen tot een individuele belangenafweging voorafgaand aan de beslissing, een motivering van de beslissing en evenredigheid in de besluitvorming. In de besluitvorming moet de lidstaat in het bijzonder aandacht besteden aan de positie van kwetsbare personen als bedoeld in artikel 17, richtlijn, zoals minderjarigen. In hoofdstuk II is ingegaan op algemene EU-rechtelijke eisen voor besluiten, waaronder de algemene beginselen van EU-recht zoals het evenredigheidsbeginsel. Deze algemene eisen gelden dus ook voor alle besluiten op grond van artikel 16 van de richtlijn.

77 Het EHRM gaat niet snel uit van schending van artikel 3 EVRM. In zaken waarin de vreemdeling dreigde te worden uitgezet naar het land van herkomst en die betrekking hebben op economische of sociale rechten, in het bijzonder een tekort aan bepaalde sociale voorzieningen in het *ontvangende* land, toetst het EHRM aan de zware maatstaf van EHRM 2 mei 1997, RV 1997, 70 (*D. t. Verenigd Koninkrijk; St. Kitts*) en EHRM 27 mei 2008, NJB 2008, p1803-1804 (*N. tegen het Verenigd Koninkrijk*). In *St. Kitts* nam het EHRM schending aan van dit artikel in verband met de afwezigheid van medische voorzieningen en familie voor het terug te sturen aan AIDS stervende familielid.

78 Zie voor kritiek op artikel 16, tweede lid, van de richtlijn in verband met vermeende strijd met artikel 3 van het EVRM: Rogers 2002, p. 215-230, in het bijzonder p. 228.

79 House of Lords in *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Adam and others* [2005] UKHL 66.

De richtlijn zelf stelt geen eisen aan de *vorm* van de beslissing. De genoemde eisen zullen de lidstaat echter dwingen de beslissing schriftelijk vast te leggen. Het in het onderdeel genoemde evenredigheidsbeginsel moet volgens het Commissievoorstel in acht worden genomen, omdat een negatieve beslissing zeer ernstige gevolgen heeft voor het leven van de asielzoeker. Het bestrafte gedrag moet volgens het voorstel ‘bijzonder zwaarwegend’ zijn. In de tekst van artikel 16, vierde lid, hanteren de Engelse, Franse en Duitse tekst van de richtlijn het woord ‘weigeren’, terwijl in de Nederlandse versie van dit onderdeel het woord ‘wijziging’ wordt gehanteerd. Indien verschillen in terminologie bestaan, moet worden uitgemaakt welke tekst voorrang heeft. Uit vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat niet aan één van de betrokken versies voorrang kan worden verleend, maar dat de uitleg van een bepaling in het EU-recht een vergelijking vergt van de verschillende taalversies.⁸⁰ Uit het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat het woord ‘wijzigen’ als ‘weigeren’ moet worden gelezen. Dit kan ook worden afgeleid uit het tweede onderdeel van dit artikel, dat het woord weigeren hanteert. Uit raadsdocument 14658/02 blijkt dat het woord weigeren op initiatief van het VK is ingebracht.

Artikel 16, vijfde lid: eerst beslissing, dan beperking of intrekking

Artikel 16 vijfde lid schrijft voor dat de beperking of intrekking van materiële opvangvoorzieningen als bedoeld in artikel 2, aanhef onder j, richtlijn, niet plaats vindt zonder een voorafgaande negatieve beslissing. De term negatieve beslissing kan verwarring wekken omdat deze zou kunnen worden uitgelegd als een afwijzende beslissing op een asielverzoek. Gelet op de plaats van dit onderdeel in artikel 16 richtlijn in combinatie met de overige onderdelen van artikel 16 is deze mogelijkheid echter niet waarschijnlijk en moeten de woorden worden gelezen als een negatieve beslissing over de beperking of intrekking van de materiële opvangvoorzieningen. In samenhang met het vierde lid gelezen trekken de lidstaten de materiële opvangvoorzieningen ingevolge het vijfde lid pas in nadat de negatieve beslissing daartoe is genomen, en niet voordien. Een ander argument voor deze zienswijze is de tekst van het oorspronkelijke Commissievoorstel bij dit onderdeel. Dit onderdeel bood aanvankelijk het recht op beroep tegen dit soort beslissingen. Om dit recht ten volle te kunnen uitoefenen, is het van belang dat de asielzoeker een concrete beslissing kan aanvechten.

5.2.4 Het recht op beroep: artikel 21

Rechtsmiddelen

1. De lidstaten zorgen ervoor dat tegen negatieve beslissingen met betrekking tot de toekenning van voorzieningen op grond van deze richtlijn of beslissingen op grond van artikel 7 die individuele gevolgen hebben voor asielzoekers, beroep kan worden

⁸⁰ Zie bijvoorbeeld zaak 19/67, *Sociale Verzekeringsbank/Koschniske*, Jur. 1950, p. 1.

aangetekend volgens de in de nationale wetgeving neergelegde procedures. Tenminste wordt in laatste instantie de mogelijkheid van beroep of toetsing voor een rechterlijke instantie geboden.

Artikel 21 moet worden gelezen in het licht van considerans 5 van de richtlijn, die luidt:

‘Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen in acht die met name in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie worden erkend. Deze richtlijn beoogt meer bepaald te waarborgen dat de menselijke waardigheid ten volle wordt geëerbiedigd en te bevorderen dat de artikelen 1 en 18 van het Handvest worden toegepast.’

Het eerste lid van artikel 21 verplicht de lidstaten tot het bieden van rechtsmiddelen zowel tegen negatieve beslissingen tot toekenning van voorzieningen op grond van de richtlijn⁸¹ als tegen beslissingen op grond van artikel 7 van de richtlijn, en omvat in ieder geval het recht van beroep bij een rechterlijke instantie. De negatieve beslissingen over toekenning van voorzieningen op grond van deze richtlijn kunnen bijvoorbeeld zijn de in artikel 16, vierde onderdeel, richtlijn, genoemde beslissingen tot beperking, intrekking of weigering⁸² van opvangvoorzieningen, of sancties; maar ook een beslissing een asielzoeker geen medische hulp te bieden of een beslissing de asielzoeker het recht op werk te ontfeggen valt onder de reikwijdte van dit onderdeel. De andere in dit onderdeel bedoelde beslissingen op grond van artikel 7 over verblijf en bewegingsvrijheid worden afzonderlijk genoemd: deze beslissingen zijn geen negatieve beslissingen over de toekenning van voorzieningen, maar tegen deze besluiten dient volgens internationaal en Europees recht wel rechtsbescherming open te staan.

Het oorspronkelijke voorstel van de Commissie bij de richtlijn meldt dat artikel 21 van de richtlijn in overeenstemming is met artikel 47 van het Handvest en de rechtspraak van het Hof van Justitie, op grond waarvan de beslissingen ten minste in laatste instantie door een gerechtelijke instantie kunnen worden getoetst. Het voorstel geeft aan dat dit ook een bestuursrechtelijke instantie als de Franse Conseil d’Etat kan zijn.

81 In het voorstel van 2008 voor de nieuwe richtlijn stelt de Commissie voor de term ‘negatieve beslissingen’ te vervangen door ‘beslissingen met betrekking tot de toekenning, intrekking of beperking van voorzieningen op grond van de richtlijn.

82 Zie artikel 16, vierde lid: het in dat onderdeel genoemde woord ‘wijzigen’ moet zijn: weigeren.

6. SPECIFIEKE EISEN VOOR DE RECHTSBESCHERMING TEGEN BESLUITEN OVER
OPVANGVOORZIENINGEN: ARTIKEL 6 VAN HET EVRM

6.1 *Civil rights and obligations*

Hiervoor werd beschreven dat de rechtspraak van het EHRM onder andere van belang is voor de toepassing van het EU-recht en dat dit in bijzondere mate geldt voor de rechtspraak over artikel 6 EVRM (hoofdstuk II, paragraaf 5). Om deze reden wordt ingegaan op het toepassingsbereik en de specifieke waarborgen die deze bepaling bevat. In de rechtspraak van het EHRM is tot nu toe niet aan de orde geweest of een beslissing als bedoeld in artikel 16 van de richtlijn '*civil rights and obligations*' vaststelt of een '*criminal charge*' inhoudt in de zin van artikel 6 EVRM. In de eerder genoemde uitspraak *Maaouia v. France* besliste het EHRM dat de procedure tegen een beslissing over de toelating, over het verblijf of over de uitzetting van een vreemdeling niet onder het toepassingsbereik van laatst genoemd artikel valt. Een beslissing over opvangvoorzieningen van asielzoekers is in ieder geval geen besluit over toelating en uitzetting. Met een beslissing over het verblijf van een vreemdeling wordt in de rechtspraak van het EHRM in de regel geduid op een beslissing over de vraag of de vreemdeling verblijfsrecht krijgt toegekend.⁸³ Dientengevolge wordt een beslissing over opvangvoorzieningen van asielzoekers op basis van deze rechtspraak niet uitgezonderd van het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM. Een ander argument ter ondersteuning van deze aanname is te vinden in rechtspraak over geschillen op het gebied van de sociale zekerheid. De opvang van asielzoekers is immers goed te vergelijken met de overheidstaak om sociale voorzieningen te bieden. In de zaak *Feldbrugge*⁸⁴ werd uitgemaakt dat, indien de betrokken publiekrechtelijke regeling van substantiële invloed is op iemands bedrijfsvoering, eigendomsrecht of individueel economisch recht, het daaruit voortvloeiende besluit (mede) de vaststelling van een burgerrechtelijk recht of verplichting in de zin van artikel 6 EVRM impliceert.⁸⁵ In het bijzonder moet worden aangetoond dat het bij een uitkering of bij de oplegging van werkgeversbijdragen inzake WW, WAO of ZW⁸⁶ gaat om een kwestie van levensonderhoud en dus van een individueel economisch recht (*personal and economic nature of the asserted right*). In de zaak *Salesi*⁸⁷ is door het EHRM meer in zijn algemeenheid uitgemaakt dat aanspraken die voortvloeien uit sociale zekerheidswetgeving civielrechtelijk zijn in de zin van artikel 6 EVRM. Dit impliceert dat een onderscheid tussen werknemers- en volksverzekeringen evenals het onderscheid tussen sociale verzekering en sociale voorziening, voor de toepas-

83 EHRM 5 oktober 2000, AB 2001/80 (*Maaouia t. Frankrijk*), r.o. 27.

84 EHRM 29 mei 1986, NJ 1987, 432, m.nt. De Jong (*Feldbrugge*). In deze zaak betrof het een geschil over het recht op een uitkering op grond van de Ziektewet.

85 Vgl. ook EHRM 23 oktober 1985, NJ 1986, 102 (*Bentham*).

86 Zie Schouten en Meldrum EHRM 9 december 1994, AB 1995, 599.

87 EHRM 26 februari 1993, Series A, vol. 257-E. (*Salesi/Italië*).

sing van artikel 6 EVRM niet relevant is.⁸⁸ De berechting van dit soort geschillen dient dus te voldoen aan de eisen van artikel 6 EVRM.

In dit kader is bovendien van belang dat ook het recht op niet-contributieve uitkeringen zoals het recht op bijstand wordt beschermd op basis van artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM dat betrekking heeft op het eigendomsrecht:⁸⁹ ook (de rechtspraak over) artikel 13 van het EVRM is dus van toepassing op procedures over bijstand.

6.2 Criminal charge

Een beslissing in de zin van artikel 16 van de richtlijn kan naast een vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen mogelijk (ook) een vervolging in de zin van artikel 6 EVRM inhouden. De vaststelling of deze een *criminal charge* is, is afhankelijk van de invulling van de eerder besproken criteria (hoofdstuk II, paragraaf 5.2.2). Op grond van het eerste criterium (nationale classificatie) zal per lidstaat moeten worden bekeken of deze beslissingen als een beslissing tot vervolging (*criminal charge*) worden gekwalificeerd. Meer doorslaggevend is het tweede voornoemde criterium, de aard van de overtreding. Hiervoor gaf ik al aan dat bij de invulling van dit criterium vooral de vraag van belang is tot wie de (geschonden) norm is gericht.

Voor de vraag of een beslissing op grond van artikel 16 van de richtlijn een vervolging inhoudt, is ten slotte het meest belangrijke criterium in de rechtspraak van het EHRM 'de aard van de sanctie'. Indien deze sanctie als *deterrent and punitive* kan worden aangemerkt (het sanctiedoel-criterium), is sprake van vervolging. Deze rechtsvraag is in de rechtspraak van het EHRM niet aan de orde geweest, en de richtlijn zelf biedt geen antwoord op de vraag of beslissingen in de zin van artikel 16 van de richtlijn *deterrent and punitive* van aard zijn, of (gewoon) als maatregelen tot herstel van de rechtmatige situatie dienen te worden beschouwd. Considerans 12 van de preambule van de richtlijn schrijft in het licht van artikel 16 van de richtlijn slechts voor dat misbruik van de opvangvoorzieningen dient te worden voorkomen. Bovendien moeten de in artikel 16 van de richtlijn genoemde gronden volgens de toelichting bij het oorspronkelijke Commissievoorstel voor de richtlijn in verband staan met 'negatief gedrag van de asielzoeker'.

Op grond van het eerste lid van artikel 16 kunnen de lidstaten de opvangvoorzieningen beperken of intrekken als de asielzoeker niet voldoet aan de in het onderdeel genoemde vereisten. Bij gebrek aan rechtspraak over de vraag of een beslissing een *criminal charge* inhoudt, kan aansluiting worden gezocht bij een bijzonder deel van het bestuursrecht waarin de intrekking van rechten een rol speelt en dat zich wat de aard van het onderwerp betreft het meest laat vergelijken met het recht op opvang voor asielzoekers: het sociale zekerheidsrecht.

⁸⁸ Viering 1994, p. 122.

⁸⁹ Put, Simoens & Ankaert 2006, p. 70.

Ook op dit gebied is geen rechtspraak van het EHRM over de in artikel 16, eerste lid genoemde specifieke gronden maar er is onderzoek gedaan naar het *criminal charge*-gehalte van maatregelen in het Nederlandse sociale zekerheidsrecht. Hieruit blijkt dat de maatregelen als weigering, intrekking, verlaging en terugvordering van een uitkering in de Nederlandse rechtspraak niet als *criminal charge* gelden. Ter rechtvaardiging van maatregelen die verder gaan dan het bedrag waarop betrokkene recht zou hebben gehad als hij geen wettelijk voorschrift had geschonden, wordt door de Nederlandse nationale rechter in sociale zekerheidszaken aangevoerd dat de werking van de sanctie in het kader van en zelfs binnen de bestaande verzekeringsrelatie tussen burger en overheid plaatsvindt.

Deze gedachte hangt samen met het 'contractsdeed' bij subsidies. Verheul⁹⁰ heeft echter zelfstandig de criteria van het EHRM toegepast op de sociale zekerheidsmaatregelen en meent dat alle elementen van een *criminal charge* in deze maatregelen aanwezig zijn. Hij bevestigt in dit verband dat de nationale kwalificatie (het eerste criterium) niet doorslaggevend is, en stelt dat de voornoemde maatregelen worden opgelegd bij overtreding van *algemene normen* zodat deze gelet op het normadressaat-criterium ook aan het tweede criterium (de aard van de overtreding) voldoen.⁹¹ Volgens Verheul kan ook op grond van het derde criterium (aard en strekking van de sanctie) worden geconcludeerd dat een sociale zekerheidsmaatregel een *criminal charge* is. De maatregel is gericht op preventie en repressie en heeft een strafkarakter omdat zaken als verwijtbaarheid en de ernst van de overtreding een rol spelen.

Op andere gebieden dan de sociale zekerheid oordeelt het EHRM in schaarse rechtspraak over de intrekking van een begunstigende beschikking met name over het tweede en derde criterium (de aard van de overtreding en de aard en zwaarte van de sanctie). Het Hof lijkt in deze rechtspraak globaal een onderscheid te maken tussen intrekking voor korte tijd en intrekking voor langere tijd. Het Hof oordeelt bijvoorbeeld⁹² dat de in een procedure aangevochten intrekking voor onbepaalde tijd van een drankvergunning onder artikel 6, lid 1 EVRM valt en een sanctie, maar geen *criminal charge* is. Het doel van de (intrekkings)sanctie was in deze zaak volgens het Hof het herstel van de rechtmatige situatie (*retribution*). In rechtspraak over de intrekking van een rijbewijs lijkt het Hof echter als hoofdregel te hanteren dat de intrekking voor langere duur een bestraffende sanctie inhoudt.⁹³ Reden was in deze zaak dat de intrekking ruime tijd na de overtreding plaats vond en volgens het Hof '*prevention and deterrence*' (preventie en vergelding) belangrijke drijfveren achter de sanctie waren. De intrekking voor

90 Verheul 1994, p. 35-45 en Albers 2001, p. 1162.

91 Lenos komt overigens tot de conclusie dat de meeste sociale zekerheidsmaatregelen juist *niet* aan dit vereiste voldoen, en ziet de maatregelen om deze reden niet als *criminal charge*. Dit heeft te maken met de 'verzekeringsgedachte'. Zie Lenos 1998.

92 EHRM 7 juli 1989, Series A, vol. 159 (*Tre Traktörer*).

93 Voor een voorbeeld van een langer durende intrekking: EHRM 13 december 2005, AB 2006, 285 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Nilsson tegen Zweden*).

kortere duur is volgens een andere uitspraak over de intrekking van een rijbewijs geen bestraffende sanctie, indien een intrekking onmiddellijk volgt op een overtreding met als doel de overtreder even van de weg te halen met het oog op de bescherming van de weggebruiker, en de maatregel (qua duur) niet te zwaar is.⁹⁴

Een ander soort beslissing is de beslissing op grond van artikel 16, derde lid van de richtlijn; op grond van dit onderdeel kunnen de lidstaten een asielzoeker die ernstige inbreuk maakt op de regels van het opvangcentrum waarin hij is gehuisvest, sancties opleggen in de zin van artikel 16, derde lid, van de richtlijn. Aan de hand van voornoemde criteria kan worden vastgesteld dat sprake is van een *criminal charge*. Hierbij dient te worden aangetekend dat volgens vaste rechtspraak van het EHRM in het geval van tuchtrecht of disciplinair recht geen sprake is van vervolging. De gebondenheid aan tuchtrechtelijke regels moet echter wel het gevolg zijn van het behoren tot een bepaalde (beroeps)groep of het uitoefenen van een functie. Het EHRM zoekt in vaste rechtspraak⁹⁵ ten aanzien van het onderscheid aansluiting bij het recht van de verschillende landen en beperkt zich hoofdzakelijk tot groepen die traditioneel al aan tuchtrechtelijke regels zijn onderworpen zoals militairen, gedetineerden en advocaten.⁹⁶

Er bestaat echter bij gebrek aan een helder onderscheidend criterium geen zekerheid of deze groep (asielzoekers) zich in deze zin wel laat vergelijken met (bijvoorbeeld) een beroepsgroep als de advocatuur of met een groep als gedetineerden.

7. CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is de totstandkoming, de inhoud en de doelgroep van de Opvangrichtlijn beschreven. Daarna is de onderzoeksvraag beantwoord welke normen de Opvangrichtlijn voorschrijft voor besluiten over het onthouden van opvangvoorzieningen in het kader van artikel 16 richtlijn, en voor de rechtsbescherming tegen deze besluiten op grond van artikel 21, eerste lid van de richtlijn. De huidige rechtsbasis voor het nemen van maatregelen voor de opvang van asielzoekers is artikel 78, tweede lid, onder f, van het VWEU. Het vaststellen van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers wordt door de lidstaten gezien als een zeer belangrijk instrument om een gemeenschappelijk asielbeleid dichterbij te brengen. De totstandkoming van de richtlijn is vanuit het perspectief van samenwerking tussen de lidstaten niet altijd zonder problemen verlopen: het recht van asielzoekers op toegang tot de arbeidsmarkt bijvoorbeeld heeft tot verdeeldheid onder de lidstaten geleid.

94 Een voorbeeld van een kortdurende sanctie biedt EHRM 28 oktober 1999, EHRC 1999/6 m.nt. Albers (*Escoubet v. België*).

95 Zie bijv. EHRM 8 juni 1976 *NJ* 1978/224 (Engel).

96 Viering 1994, p. 159.

In 2008 kondigde de Commissie in het Asielbeleidsplan aan dat in het kader van het gemeenschappelijk Europees Asielstelsel een aantal voorstellen zou worden gedaan om een hogere graad van harmonisatie te bereiken en betere voorwaarden voor bescherming te scheppen. Tot deze voorstellen behoort ook het voorstel van 2008 van de Commissie voor een richtlijn van het Europees Parlement en van de Raad tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers dat de huidige richtlijn op een aantal plaatsen beoogt te wijzigen. Directe aanleiding voor het voorstel was de ruime beslissingsbevoegdheid die in de verschillende bepalingen in de richtlijn aan de lidstaten wordt gelaten, en volgens de Commissie het gewenste harmoniserende effect teniet doet. De belangrijkste doelstelling van het voorstel van de Commissie is het verzekeren van een hoger niveau van opvangvoorzieningen voor asielzoekers zodat een waardig bestaansniveau wordt gegarandeerd. Het voorstel van 2011 heeft het voorstel van 2008 vervangen. Met het gewijzigde voorstel wil de Commissie een einde maken aan de onenigheid over een nieuwe richtlijn en gebruikmaken van haar initiatiefrecht om vaart te zetten achter de opbouw van een gemeenschappelijk Europees asielstelsel. De Commissie ambieert in het nieuwe voorstel een meer algemene oplossing voor de meningsverschillen door een verheldering en vereenvoudiging van de voorgestelde bepalingen.

Artikel 3 van de huidige richtlijn bepaalt het toepassingsbereik van de richtlijn, maar laat veel ruimte over aan de lidstaten om de doelgroep te beperken. Zo schrijft de richtlijn niet voor op welk moment voldaan is aan het toepassingsvereiste dat een asielverzoek is ingediend, noch beschrijft de richtlijn onder welke omstandigheden sprake is van een definitief besluit op het asielverzoek. Ook is niet duidelijk wat wordt verstaan onder de voorwaarde dat de asielzoeker op het grondgebied van de lidstaat mag verblijven. Deels worden deze begrippen ingevuld door andere EU-regelgeving op asielgebied, zoals de Procedurerichtlijn of de Dublinverordening. De vraag of deze ruimte bewust aan de lidstaten is gelaten als invulling van het beginsel van procedurele autonomie is moeilijk te beantwoorden. De Commissie is in ieder geval van mening dat in zijn algemeenheid sprake is van een te ruime beslissingsbevoegdheid in de huidige richtlijn.

Artikel 16 van de richtlijn biedt de lidstaten gronden om opvangvoorzieningen aan asielzoekers te onthouden, zoals ingeval de asielzoeker de meldplicht schendt, een tweede asielaanvraag indient of de door de nationale autoriteiten gevraagde informatie niet levert. Daarnaast biedt deze bepaling de bevoegdheid sancties op te leggen aan de asielzoeker die ernstige inbreuk maakt op de regels van het opvangcentrum.

Artikel 16 van de richtlijn moet worden gelezen in het licht van preambule 12 die voorschrijft dat 'misbruik van het opvangstelsel moet worden tegengegaan' door te bepalen in welke gevallen opvangvoorzieningen voor asielzoekers kunnen worden beperkt, geweigerd of ingetrokken. In het voorstel voor een nieuwe opvangrichtlijn van 2011 van de Commissie wordt bij de wijziging van artikel 16, eerste lid, derde onderdeel, in het nieuwe artikel 20, eerste lid, onder c, geen onderscheid gemaakt tussen een volgend verzoek met nieuwe elementen of bevindingen.

gen die de kans aanmerkelijk groter maken dat de verzoeker voor erkenning als vluchteling of voor subsidiaire bescherming in aanmerking komt, en andere volgende verzoeken. Deze situatie doet geen recht aan de in de preambule 12 opgenomen ratio.

Politieke verdeeldheid heeft bestaan over artikel 16, tweede lid, richtlijn, dat de lidstaat de mogelijkheid biedt te weigeren de opvangvoorzieningen te verstrekken wanneer de asielzoeker niet kan bewijzen dat het asielverzoek zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk na de aankomst in de lidstaat werd ingediend. Deze bepaling is pas nadat in de Raad al een politiek akkoord over de richtlijn was bereikt alsnog op initiatief van het Verenigd Koninkrijk (en gesteund door Oostenrijk) in de richtlijn opgenomen, maar wordt in het voorstel van 2011 voor de nieuwe richtlijn geschrapt.

Het vierde lid van artikel 16 biedt normen voor de beslissingen over het onthouden van opvangvoorzieningen aan asielzoekers, zoals het in hoofdstuk II beschreven evenredigheidsbeginsel dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie een belangrijke toetsingsgrond vormt voor de rechter als besluiten met een aspect van EU-recht ter beoordeling staan. De vraag wie de beslissende instantie is, is in dit verband voor het Hof van Justitie rechtens niet relevant. Bestuursorganen, maar ook andere 'met overheidsgezag beklede instanties' zijn gebonden door de EU-rechtelijke verplichtingen van de lidstaat.

Artikel 21, eerste lid, van de richtlijn schrijft onder meer voor dat de lidstaten ervoor zorgen dat tegen negatieve beslissingen met betrekking tot de toekenning van opvangvoorzieningen op grond van deze richtlijn, beroep kan worden aangetekend volgens de in de nationale wetgeving neergelegde procedures. Tenminste wordt in laatste instantie de mogelijkheid van beroep of toetsing voor een rechterlijke instantie geboden. De negatieve beslissingen over toekenning van voorzieningen op grond van deze richtlijn kunnen bijvoorbeeld zijn de in artikel 16, vierde onderdeel, richtlijn, genoemde beslissingen tot beperking, intrekking of weigering van opvangvoorzieningen, of sancties. Deze beslissingen over opvangvoorzieningen van asielzoekers worden op basis van deze rechtspraak niet uitgezonderd van het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM. Met een dergelijke beslissing worden mogelijk burgerlijke rechten en plichten vastgesteld. De beslissing over opvangvoorzieningen kan onder voorwaarden ook gezien worden als '*criminal charge*' in de zin van die verdragsbepaling.

1. INLEIDING

Dit hoofdstuk bevat allereerst een overzicht van de Nederlandse asielprocedure en de wettelijke vereisten voor het recht op opvangvoorzieningen voor asielzoekers in Nederland. In de daarna volgende delen wordt het Nederlandse recht beschreven dat dient ter de omzetting van de Opvangrichtlijn en wordt geanalyseerd op welk niveau in de normenhiërarchie deze omzetting heeft plaats gevonden. Met bijzondere aandacht wordt bekeken welke bepalingen van nationaal recht als omzetting dienen van artikelen 3 (de doelgroep), 16 (de gronden voor het intrekken, weigeren of beperken van de materiële opvangvoorzieningen) en 21, eerste lid (voorwaarden van rechtsbescherming tegen deze beslissingen) van de richtlijn, waarna een conclusie volgt.

2. NATIONALE BRONNEN VAN HET NEDERLANDSE VREEMDELINGENRECHT

De Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000), het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000), het Voorschrift Vreemdelingen 2000 (VV 2000), de Vreemdelingencirculaire 2000 (Vc 2000) en het Soeverein Besluit 1813¹ zijn de belangrijkste nationale materiële bronnen van het Nederlandse vreemdelingenrecht.

De Vw 2000² is tot stand gekomen op grond van artikel 2, eerste lid, van de Grondwet, dat voorschrijft dat de toelating en uitzetting van vreemdelingen bij wet in formele zin dient te worden geregeld. De Vw 2000 bepaalt welke vreemdeling toegang heeft tot Nederland en beschrijft de soorten verblijfstitels en de voorwaarden voor de verkrijging ervan, waarbij een scherp onderscheid wordt gemaakt tussen het verblijf op reguliere- en asielgronden. De wet geeft bijzondere regels voor besluitvorming en rechtsbescherming en biedt de regering de bevoegdheid per Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) nadere regels te stellen over zaken van procedurele en materiële aard: door de bekendmaking van het Vb 2000 is aan deze mogelijkheid vorm gegeven.

Andere voorschriften over bijvoorbeeld de bevoegdheidsverdeling ten aanzien van de behandeling van individuele zaken en organisatorische aspecten zijn

1 Het Soeverein Besluit biedt de Minister van Buitenlandse Zaken de bevoegdheid tot de afgifte van visa. Deze bevoegdheid wordt begrensd door de criteria die in EU-, Schengen- en Beneluxverband zijn overeengekomen.

2 *Stb.* 2001, 141.

te vinden in het VV 2000. De Vc 2000 bevat beleidsregels die voornoemde categorieën regelgeving verder uitwerken. De minister (zonder portefeuille) voor Immigratie en Asiel is sinds oktober 2010 verantwoordelijk voor het asielbeleid in Nederland, en ressorteert onder het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.³ Voorheen was de staatssecretaris van Justitie bevoegd te beslissen in asielzaken.⁴

3. DE NEDERLANDSE ASIELPROCEDURE

De Nederlandse asielprocedure is op 1 juli 2010 veranderd als gevolg van de Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het aanpassen van de asielprocedure.⁵ In het kielzog van de herziening van de Vw 2000 zijn meerdere bepalingen van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000), het Voorschrift Vreemdelingen 2000 (VV 2000), en de Vreemdelingencirculaire 2000 (Vc 2000) gewijzigd.⁶ Ook de Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005 (Rva 2005) is aangepast.⁷

De herziening van de Vw 2000 is volgens het wetsvoorstel⁸ een uitvoering van het coalitieakkoord uit 2006⁹ dat inhield dat de asielprocedure mede in het licht van de aanbevelingen van de commissie Scheltema moest worden verbeterd en versneld. Volgens het akkoord diende in het bijzonder de regeling van de 48-uursprocedure verbeterd te worden en moest op korte termijn een studie over het zoveel mogelijk beperken van herhaalde asielaanvragen worden verricht.

3 Besluit houdende niet verlening van ontslag aan drie ministers alsmede benoeming van acht nieuwe ministers, *Stcrt.* 2010, nr. 16536, en ook het Besluit departementale herindeling vreemdelingenzaken, *Stcrt.* 2010, nr. 16527.

4 *Stcrt.* 2007, nr. 67, p. 14.

5 *Stb.* 2010, 202. Zie voor een overzicht van de nieuwe asielprocedure ook Spijkerboer, De nieuwe asielprocedure, te downloaden via de link <http://www.arsaequi.nl/pdf/nieuwe%20asielprocedure.pdf>.

6 Respectievelijk: Besluit van 23 juni 2010 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 in verband met het aanpassen van de asielprocedure en vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het aanpassen van de asielprocedure, *Stb.* 2010, 244; Regeling van de Minister van Justitie van 25 juni 2010, nr. 5657797/10, houdende wijziging van het Voorschrift Vreemdelingen 2000, *Stcrt.* 2010, 10910; Besluit van de Minister van Justitie van 24 juni 2010, nummer WBV 2010/10, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000, *Stcrt.* 2010, 10228.

7 *Stcrt.* 2010, 10189.

8 Voorstel tot Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het aanpassen van de asielprocedure, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 994, nr. 2.

9 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 891, nr. 4.

In de brief van de Minister van Justitie van 24 juni 2008 'Naar een effectievere asielprocedure en een effectiever terugkeerbeleid'¹⁰ werden reeds de maatregelen aangekondigd om deze doelstellingen te realiseren. Deze maatregelen zijn in het wetsvoorstel opgenomen en maken sinds 1 juli 2010 deel uit van de gewijzigde Vw 2000 en aanverwante regelgeving en beleid. De maatregelen tot aanpassing van de asielprocedure dienden volgens de memorie van toelichting bij het voorstel te leiden tot een zorgvuldigere en snellere asielprocedure waarmee tevens het indienen van 'zinloze' herhaalde aanvragen moest worden voorkomen en de terugkeer van afgewezen asielzoekers diende te worden bevorderd. Bovendien moest het aantal asielzoekers dat in Nederland mag verblijven maar geen recht op opvang heeft, zoveel mogelijk te worden beperkt.¹¹ De voor de asielprocedure rechtens relevante wijzigingen die op 1 juli 2010 hebben plaatsgevonden, komen aan de orde in de hieronder volgende beschrijving van de asielprocedure.

De wijzigingen in de asielprocedure per 1 juli 2010 hebben ook tot veranderingen in het recht op opvangvoorzieningen van asielzoekers geleid. Dit heeft tot gevolg dat in dit boek ten aanzien van de omzetting van de opvangrichtlijn een onderscheid wordt gemaakt tussen het huidige recht, en het recht dat gold voor de wijziging van de Vw 2000. Hierna wordt het huidige recht als uitgangspunt genomen, maar het oude recht wordt beschreven voor zover het relevant is voor de omzetting van de Opvangrichtlijn.

3.1 Systematiek van de asielprocedure

De Nederlandse asielprocedure begint op het moment dat de vreemdeling een schriftelijke asielaanvraag heeft ingediend. Als duidelijk is dat de vreemdeling een asielaanvraag wil indienen, wordt hem daartoe de gelegenheid geboden.¹² De Vw 2000 kent geen definitie van asielaanvraag maar uit de systematiek van deze wet vloeit voort dat elk verzoek om internationale bescherming een aanvraag is van een verblijfsvergunning bepaalde tijd asiel.¹³ Voorwaarde is dat deze aanvraag is gebaseerd op één van de in artikel 29, eerste lid, onder a tot en met f, Vw 2000, genoemde gronden. Deze onderdelen hebben naast de categorie verdragsvluchteling betrekking op andere refoulementverboden, klemmende redenen van humanitaire aard, categoriale bescherming en afgeleide verleningsgronden voor familieleden van vreemdelingen die op basis van één van de andere gronden een verblijfsvergunning asiel hebben gekregen. Nederland kent in tegenstelling tot de meeste andere EU-lidstaten slechts één asielprocedure en één asielstatus.

De asielzoeker heeft zowel in afwachting van de formele indiening van de aanvraag als in de periode waarin hij wacht op de beslissing op zijn asielaan-

10 *Kamerstukken II* 2007/08, 29 344, nr. 67.

11 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 994, nr. 3, punt 1.

12 C1/1.1 Vc 2000.

13 Artikel 28 Vw 2000.

vraag rechtmatig verblijf in Nederland.¹⁴ De IND beoordeelt namens de staatssecretaris of deze asielaanvraag kan worden afgewezen op de in artikel 30 Vw 2000 genoemde gronden, maar de asielaanvraag wordt niet inhoudelijk beoordeeld. Een afwijzingsgrond doet zich bijvoorbeeld voor als een ander land dat partij is bij het Vluchtelingenverdrag ingevolge een verdrag of een dit land en Nederland bindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie verantwoordelijk is voor de behandeling van de aanvraag.

Als artikel 30 niet van toepassing is, wordt beoordeeld of de asielzoeker in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd asiel.¹⁵ De situatie van de asielzoeker wordt *ex nunc* beoordeeld aan de hand van wat bekend is over de feiten en omstandigheden in het land van herkomst. Indien een verblijfsvergunning op een van deze gronden wordt verleend, is dit eerst een vergunning voor bepaalde tijd asiel die voor ten hoogste vijf jaren wordt verleend. Daarna heeft de minister onder voorwaarden de bevoegdheid om een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd te verlenen.¹⁶

3.2 Chronologisch overzicht van de asielprocedure

3.2.1 Toegang

De vreemdeling die een asielverzoek in Nederland wil indienen, moet een aantal hordes nemen alvorens een verblijfsrecht wordt toegekend. De Nederlandse overheid kan de vreemdeling allereerst de toegang tot Nederland weigeren. Het begrip toegang wordt gehanteerd in het kader van de bewaking van de buitengrenzen¹⁷ en dient te worden onderscheiden van het hiervoor beschreven begrip rechtmatig verblijf.¹⁸ Dit laatste begrip geeft aan dat de vreemdeling een al dan niet tijdelijk recht op verblijf in Nederland geniet. De feitelijke en geografische toegang tot Nederland kan rechtens door de overheid aan een vreemdeling worden geweigerd.¹⁹

Als de vreemdeling aan de *buitengrens* (in feite Schiphol of een zeehaven) te kennen geeft dat hij asiel wil aanvragen, kan de toegang alleen worden geweigerd na een bijzondere aanwijzing van het hoofd van de IND. Met buitengrens

14 In de zin van respectievelijk: artikel 8, aanhef en onder m, van de Vw 2000 (zie voor dit onderdeel ook *Kamerstukken II* 2009/10, 31994, nr. 27) en artikel 8, aanhef en onder f, Vw 2000.

15 Op grond van artikel 29 jo. 31 Vw 2000.

16 Artikel 33 e.v. Vw 2000.

17 Artikel 1, onderdeel d definieert buitengrenzen als 'de Nederlandse zeegrenzen, alsmede lucht- of zeehavens waar grenscontrole op personen wordt uitgeoefend'.

18 In vreemdelingenwetten voor de Vw 2000 aangeduid met de term 'toelating'.

19 Artikel 3 Vw 2000 bevat de gronden voor het weigeren van toegang tot Nederland die verband houden met de bewaking van de buitengrenzen, zoals het ontbreken van een geldig document voor grensoverschrijding.

wordt bedoeld: de Nederlandse zeegrenzen, en lucht- of zeehavens waar grenscontrole op personen wordt uitgeoefend.

De vreemdeling wordt in dit geval – ondanks de formele toegangsweigering – in de gelegenheid gesteld om asiel aan te vragen.²⁰ De vreemdeling aan wie toegang is geweigerd, dient Nederland onmiddellijk te verlaten, maar deze vertrekplicht is niet van toepassing op de vreemdeling die een asielaanvraag heeft ingediend.²¹ In afwachting van de beslissing over toegang of gedurende een procedure tegen het weigeren van de toegang, kan een vrijheidsbeperkende- of ontnemende maatregel worden opgelegd.²²

De vreemdeling die in Nederland is aangekomen en asiel wil aanvragen, kan de toegang niet meer worden geweigerd. Hetzelfde geldt indien de vreemdeling een asielaanvraag doet en op grond van de Dublin Verordening een verzoek tot overname van de asielaanvraag ingediend wordt bij een andere staat. In dit geval is al sprake van feitelijke toegang tot de EU, en kan de toegang niet alsnog geweigerd worden.

3.2.2 *Indienen van de aanvraag*

Een aanvraag om verlening van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd asiel wordt door de vreemdeling of zijn wettelijk vertegenwoordiger ingediend.²³ De vreemdeling van wie rechtens de vrijheid is ontnomen, dient zijn aanvraag in bij de korpschef van de plaats waar de vrijheidsontneming ten uitvoer wordt gelegd.²⁴ Het indienen van een aanvraag geschiedt in een van de daartoe aangewezen plaatsen. Dit zijn de Aanmeldcentra (AC) Ter Apel, Den Bosch of Zevenaar,²⁵ of AC Schiphol.²⁶ Voordat de asielzoeker die zijn asielaanvraag in AC Ter Apel, Den Bosch of Zevenaar wil doen zijn asielaanvraag daar kan indienen, meldt hij zich eerst in persoon bij de Centrale Ontvangst Locatie (hierna: COL) van de vreemdelingenpolitie in Ter Apel.²⁷ Na twee of drie dagen wordt hij in één van deze laatst genoemde AC's geplaatst en wordt hij gehuisvest in een zogenaamde

20 *Kamerstukken II* 1999/2000 26 732, nr. 7, p. 90 (NV II).

21 Artikel 5 Vw 2000.

22 Artikel 6 Vw 2000.

23 Dit in afwijking van artikel 2:1 Awb dat een aanvraag door een gemachtigde toestaat. Zie artikel 36 aanhef en onder b, Vw 2000, en verder artikel 3.108, tweede lid, Vb 2000.

24 Artikel 3.108, derde lid, Vb 2000.

25 Zie artikel 37, onder a, Vw 2000, artikel 3.108, tweede lid Vb 2000 jo. artikel 3.42, eerste lid Vv 2000.

26 Artikel 37, onder a, Vw 2000, artikel 3.108, tweede lid Vb 2000 jo. artikel 3.42, derde lid Vv 2000. Deze bevoegdheid wordt in C 10 van de Vc 2000 uitgewerkt.

27 Ook aanmeldunit genoemd. Zie artikel 3.42a, eerste lid, VV. Dit begrip is met de inwerkingtreding van de wijziging van de Vw 2000 op 1 juli 2010 in het Nederlandse recht geïntroduceerd.

Proces Opvanglocatie (POL) in de buurt van dat AC.²⁸ In deze POL verblijft hij in ieder geval tijdens de rest van de zogenoemde rust- en voorbereidingstermijn en de duur van de algemene asielprocedure.²⁹

Vóór de herziening van de Vw 2000 van juli 2010 verbleven asielzoekers in afwachting van het indienen van hun asielverzoek in het AC, in een zogenaamde Tijdelijke Noodvoorziening (TNV) in Ter Apel of Bellingwolde, maar de TNV is dus sinds 1 juli 2010 vervangen door de Centrale Ontvangst Locatie.

3.2.3 Rust- en voorbereidingstermijn

Een vreemdeling die te kennen geeft asiel te willen aanvragen heeft recht op een zogenaamde rust- en voorbereidingstermijn,³⁰ tenzij hij behoort tot een categorie vreemdelingen die van dit recht is uitgezonderd (zie onder paragraaf 3.2.4). De rust- en voorbereidingstermijn start op de dag dat de vreemdeling op de daartoe aangewezen plaats te kennen geeft asiel te willen aanvragen en duurt minimaal zes dagen, terwijl geen maximale termijn geldt.

Gedurende de rust- en voorbereidingstermijn wordt de vreemdeling in de gelegenheid gesteld om te worden voorgelicht over de asielprocedure en om zich op de asielprocedure voor te bereiden en zich daartoe te laten bijstaan. De IND stelt in deze periode aan de vreemdeling geen vragen over zijn asielmotieven,³¹ maar kan wel onderzoek doen naar de identiteit, nationaliteit en vingerafdrukken van de vreemdeling.

Tijdens de rust- en voorbereidingstermijn heeft de vreemdeling als hoofdrechtsmatig verblijf op grond van artikel 8, aanhef en onder m, Vw 2000 en komt hij in aanmerking voor opvang op grond van de Rva 2005.³²

3.2.4 Geen rust- en voorbereidingstermijn voor bepaalde groepen

Enkele groepen asielzoekers komen niet in aanmerking voor een rust- en voorbereidingstermijn. Zij hebben voorafgaand aan de indiening van de asielaanvraag in een AC geen rechtsmatig verblijf als gevolg waarvan zij gedurende deze periode ook geen recht op opvang krijgen. Het betreft de vreemdeling die een gevaar vormt voor de openbare orde of nationale veiligheid, de vreemdeling die overlast bezorgt in de opvangvoorziening, de vreemdeling die een tweede of volgende

28 *Kamerstukken II* 2009/10, 19 637, nr. 1351.

29 Voordat de asielzoeker een asielaanvraag kon indienen in een Aanmeldcentrum (AC) werd hij in afwachting van een mogelijkheid daartoe eerst in een TNV ondergebracht.

30 Zie artikel 3.109 Vb en Vc C/11. Dit begrip is met de inwerkingtreding van de wijziging van de Vw 2000 op 1 juli 2010 in het Nederlandse recht geïntroduceerd.

31 Zie artikel 3.109, derde lid, Vb 2000.

32 Artikel 3, derde lid, en onder o, Rva 2005.

aanvraag wil indienen, en de vreemdeling van wie de vrijheid is ontnomen op grond van artikel 59 Vw 2000.³³

De algemene asielprocedure van de vreemdeling start in dit geval direct of in ieder geval zo spoedig mogelijk nadat hij op de daartoe aangewezen plaats te kennen heeft gegeven een asielaanvraag te willen indienen. Als tijdens de rust- en voorbereidingstermijn blijkt dat een vreemdeling niet langer voor deze termijn in aanmerking komt, stopt de termijn en daarmee ook het daaraan verbonden rechtmatig verblijf inclusief de opvang.

Ten slotte is de rust- en voorbereidingstermijn ook niet van toepassing op vreemdelingen die de asielaanvraag indienen in AC Schiphol.³⁴

Als een vreemdeling Nederland binnenkomt via de luchthaven Schiphol of via de havens en te kennen geeft asiel te willen aanvragen, wordt hem de toegang geweigerd en wordt hij overgebracht naar het AC Schiphol waar hij een asielaanvraag op grond van de Vw 2000 kan indienen. Tegelijkertijd wordt de vrijheid van de asielzoeker door de staatssecretaris van Justitie beperkt door middel van een maatregel op grond van artikel 6, eerste lid, Vw 2000. Op Schiphol is de lounge aangewezen als ruimte of plaats in de zin van artikel 6, eerste lid, Vw 2000 waar deze maatregel ten uitvoer wordt gelegd. De vreemdeling krijgt vervolgens een plaatsingsbeschikking en wordt overgebracht naar AC Schiphol³⁵ onder oplegging van de vrijheidsontnemende maatregel ex artikel 6 Vw 2000 (grensdetentie).

Bij de wijziging van de Vw 2000 per 1 juli 2010 werd voorzien dat de voorzieningen van de locatie waar de asielzoekers voorafgaand aan de algemene asielprocedure in het aanmeldcentrum Schiphol dienen te verblijven, met de inwerkingtreding van de gewijzigde Vw 2000 nog niet op het benodigde niveau zouden zijn. Hieraan werd de conclusie verbonden dat totdat de nieuwe voorzieningen zijn gerealiseerd, in het AC Schiphol vooralsnog geen rust- en voorbereidingstermijn zou worden gehanteerd, en dat het niet in alle gevallen mogelijk zou zijn het nader gehoor en de correcties en aanvullingen op het verslag van het nader gehoor af te ronden in de algemene asielprocedure op Schiphol.³⁶

3.2.5 *De algemene asielprocedure in een AC*

Door het indienen van de asielaanvraag in het AC verkrijgt het rechtmatig verblijf van de vreemdeling op grond van artikel 8, aanhef en onder f, Vw een andere wettelijke grondslag.³⁷ Met de asielaanvraag eindigt de rust- en voorberei-

³³ Zie artikel 3.109, zesde lid en Vc C11/2.2 tot en met 2.5.

³⁴ Zie artikel 3.109, zevende lid, Vb jo. artikel 3.49, eerste lid, VV. Voor hen geldt het gestelde in Vc C11/2.6.

³⁵ Vc 2000 A6/2.4 en C10.3.1.

³⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 19 637, nr. 1351.

³⁷ Voor het indienen van de aanvraag was dat artikel 8, aanhef en onder m, Vw 2000.

dingstermijn van rechtswege en begint de algemene asielprocedure.³⁸ Deze (versnelde) procedure is met de wijziging van de Vw 2000 op 1 juli 2010 in de plaats getreden van de 48 uur durende AC-procedure.

De algemene asielprocedure duurt 8 dagen, en kan onder omstandigheden worden verlengd tot 14 dagen.³⁹ Deze termijnen starten op de dag dat de vreemdeling zijn asielaanvraag indient in het AC.⁴⁰ Om de beschikbaarheid van de vreemdeling tijdens de algemene asielprocedure te waarborgen, wordt aan de vreemdeling, zowel mondeling als schriftelijk, een op artikel 55, eerste lid, Vw gebaseerde aanwijzing gegeven.

In de algemene asielprocedure wordt vastgesteld of er sprake is van een asielaanvraag die zonder tijdrovend onderzoek kan worden ingewilligd of afgewezen.⁴¹ Indien tijdrovend nader onderzoek noodzakelijk is voordat een beslissing op de aanvraag kan worden genomen, wordt de asielaanvraag verder behandeld in de 'verlengde asielprocedure'. Voor behandeling in de algemene asielprocedure ontbreekt een inhoudelijk criterium zodat in principe elk verzoek in deze procedure kan worden afgewezen. Dit was ook het geval in de oude AC-procedure.⁴²

De beoordeling of er sprake is van een asielaanvraag die in de algemene asielprocedure kan worden ingewilligd of afgewezen, wordt uitgevoerd door de IND. Deze beoordeling vindt in beginsel pas plaats nadat er in de algemene asielprocedure een eerste en een nader gehoor is geweest⁴³ en de vreemdeling de gelegenheid heeft gehad om correcties en aanvullingen op het nader gehoor in te dienen. De voornoemde handelingen vinden alle plaats in de eerste vier dagen van de algemene asielprocedure.

Als de IND beslist tot verdere behandeling in de algemene asielprocedure, wordt op de vijfde dag het voornemen tot afwijzing uitgereikt aan de asielzoeker.⁴⁴ Na het uitbrengen van het voornemen tot afwijzing heeft de rechtshulpver-

38 Zie ook Vc C11/7.1.

39 Zie artikel 3.110 jo. artikel 3.115 Vb.

40 Artikel 3.110, derde lid Vb 2000.

41 C12/1 Vc 2000.

42 C 10/1.1 Vc 2000. Uit Kamerstukken blijkt dat voor het antwoord op de vraag of aanvraag in het AC kan worden afgedaan, van doorslaggevend belang is dat zorgvuldig onderzoek binnen de daarvoor gestelde termijn mogelijk is: zie *Kamerstukken I 1999/2000*, 26 732, nr. 5d. Zie ook in de rechtspraak hierover bijvoorbeeld ABRvS 27 augustus 2001, NAV 2001, 317-kort.

43 Aan de hand van een vragenlijst worden in het eerste gehoor vragen gesteld ter vaststelling van identiteit, nationaliteit en reisroute van de betrokkene. In het nader gehoor wordt de asielzoeker door een ambtenaar van de IND gehoord over zijn asielmotieven, waarbij het rapport van het eerste gehoor een belangrijk uitgangspunt is. Zie artikel 3.110 Vb 2000 e.v.

44 Deze beslissing is een beslissing ter voorbereiding van een beschikking als bedoeld in artikel 6:3 Awb, waartegen dientengevolge geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen

lener van de asielzoeker een dag de tijd om een schriftelijke zienswijze (een reactie op het voornemen het asielverzoek af te wijzen) uit te brengen.⁴⁵ Na het indienen van de zienswijze neemt de IND de beslissing om de asielaanvraag af te wijzen of de asielzoeker door te sturen naar de verlengde asielprocedure.⁴⁶

De afwijzende beschikking wordt vervolgens uiterlijk op de achtste (of veertiende) dag door de IND aan de vreemdeling uitgereikt⁴⁷ en heeft tot gevolg dat de vreemdeling Nederland binnen vier weken moet verlaten.⁴⁸ Sinds de herziening van de Vw 2000 krijgt ook de asielzoeker die in de algemene asielprocedure is afgewezen een vertrektermijn van 4 weken. In deze periode behoudt deze asielzoeker het recht op opvangvoorzieningen op grond van de Rva 2005.⁴⁹

Dit geldt echter niet voor de asielzoeker van wie de tweede of volgende asielaanvraag in de algemene asielprocedure is afgewezen: deze asielzoeker krijgt een vertrektermijn van nul dagen en heeft geen recht op opvangvoorzieningen.

3.2.6 De verlengde asielprocedure

Indien de asielaanvraag niet in de 'algemene' asielprocedure is afgedaan, wordt in een 'verlengde' asielprocedure over de asielaanvraag beslist. De minister verwacht dat een verschuiving plaatsvindt van zaken die worden afgedaan in de verlengde asielprocedure naar de (snelle) algemene procedure.⁵⁰ Asielzoekers die van de algemene procedure worden doorgezonden naar de verlengde asielprocedure, worden vanuit de Proces Ontvangst Locatie (POL) bij het AC uitgeplaatst naar een asielzoekerscentrum (AZC) waar zij de vervolprocedure doorlopen.

Behandeling van de asielaanvraag in de verlengde asielprocedure vindt, zoals hiervoor al is aangegeven, in de regel slechts plaats wanneer het niet mogelijk is om zonder tijdrovend nader onderzoek op de asielaanvraag te kunnen beslissen en de beschikking om deze reden niet uiterlijk op de achtste (of veertiende)

kunnen worden aangewend. Dit kan wel tegen het uiteindelijke besluit op de asielaanvraag.

⁴⁵ Artikel 3.114 Vb 2000.

⁴⁶ In de oude AC-procedure werd de vergelijkbare beslissing om de behandeling van de aanvraag in de AC-procedure van maximaal 48 procedures plaats te laten vinden of in de gewone asielprocedure in een opvangcentrum voort te zetten, de *procesbeslissing* genoemd. Tegen deze beslissing konden geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen worden aangewend. Zie onder andere ABRvS 4 oktober 2001, *JV* 2001, 321.

⁴⁷ Zie artikel 3.114, zesde lid, Vb.

⁴⁸ Artikel 62, derde lid, onder c Vw 2000 bepaalde voor de herziening van de Vw 2000 dat deze vreemdeling in de AC-procedure Nederland direct moest verlaten.

⁴⁹ Zie de toelichting bij de Regeling van de Minister van Justitie van 25 juni 2010, nr. 5657798/10, houdende wijziging van de Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005, *Stcrt.* 2010, 10189.

⁵⁰ *Kamerstukken I* 2009/10, 31 994 C (Memorie van Antwoord).

dag aan de vreemdeling kan worden uitgereikt. Vreemdelingen van wie de asielaanvraag in de verlengde asielaanvraag wordt behandeld, komen op grond van artikel 3, tweede lid, en onder a, Rva 2005, in aanmerking voor opvang.⁵¹

Als de IND het voornemen heeft de aanvraag af te wijzen in een opvangcentrum, wordt het schriftelijk voornemen daartoe aan de vreemdeling medegedeeld.⁵² Evenals het geval is bij de voornemenbeslissing in het AC, kunnen tegen de voornemenbeslissing in het AZC geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen worden aangewend. Wel kunnen tegen de voornemenbeslissing binnen vier weken⁵³ zienswijzen worden ingebracht door de vreemdeling.

3.2.7 De meeromvattende beschikking

De asielzoeker krijgt binnen zes maanden na ontvangst van de aanvraag een beschikking op de asielaanvraag.⁵⁴ Deze termijn kan met ten hoogste zes maanden worden verlengd indien naar het oordeel van de minister voor de beoordeling van de aanvraag advies van of onderzoek door derden of het Openbaar Ministerie nodig is.⁵⁵

Een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd asiel wordt verleend met ingang van de datum waarop de vreemdeling heeft aangetoond dat hij aan alle voorwaarden voldoet.⁵⁶ Een inwilligende of afwijzende beschikking op de asielaanvraag is een meeromvattende beschikking: aan de inwilliging of afwijzing van de aanvraag zijn van rechtswege meerdere rechtsgevolgen verbonden.⁵⁷ Een belangrijk reden om in de wet op te nemen dat de rechtsgevolgen van de afwijzende meeromvattende beschikking van rechtswege intreden, is het voorkómen van afzonderlijke procedures tegen de gevolgen van de afwijzende beschikking. Zo verblijft de vreemdeling na een meeromvattende beschikking in beginsel niet langer rechtmatig in Nederland, moet hij Nederland verlaten binnen de wettelijke vertrektermijn bij gebreke waarvan de vreemdeling kan worden uitgezet, en worden de opvangvoorzieningen beëindigd. De rechtsgevolgen van het eerste lid

51 C12/5.1 Vreemdelingencirculaire 2000.

52 Artikel 39 Vw 2000 jo. art. 3.115 Vb.

53 Artikel 3.116, tweede lid, Vb 2000.

54 Artikel 42, eerste lid Vw 2000.

55 Zie artikel 42, vierde lid Vw 2000. De beslistermijn kan meerdere malen worden verlengd maar de totale verlengtijd kan op grond van art. 3.120 Vb 2000 en de NvT bij dit artikel, *Stb.* 2000, 497, p. 184, niet langer duren dan zes maanden. De beslissing is volgens de Afdeling bestuursrechtspraak 4 april 2002, *JV* 2002, 170, niet appellabel bij de bestuursrechter, omdat het een voorbereidingshandeling betreft.

56 Artikel 44, tweede lid Vw 2000. De verleende vergunning voor bepaalde tijd asiel heeft een geldigheidsduur van vijf jaren, zie art. 3.105 Vb 2000.

57 Artikel 44, eerste lid Vw 2000 (inwilligende beschikking); Artikel 45 Vw 2000 (afwijzende beschikking).

treden niet in zolang een ingesteld beroep tegen de beschikking schorsende werking heeft.

3.3 Rechtsmiddelen

De Nederlandse asielprocedure kent geen bestuurlijke voorprocedure maar omvat wel een direct beroep op de rechtbank Den Haag tegen de afwijzende asielbeschikking, waarna hoger beroep kan worden ingesteld op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Het beroep in eerste aanleg dient in de *algemene asielprocedure* binnen een week na de afwijzing te worden ingesteld bij de rechtbank⁵⁸ en schort de rechtsgevolgen van het besluit niet op.⁵⁹ Het beroep tegen een afwijzende beschikking in de *verlengde asielprocedure* dient binnen vier weken na de afwijzing te worden ingesteld bij de rechtbank⁶⁰ en schort de rechtsgevolgen van het besluit wel op.⁶¹

Een verzoek om een voorlopige voorziening bij een afwijzing in de algemene procedure dient binnen 24 uur te worden ingediend om uitzetting te voorkomen.⁶² Door de koppeling van het recht op opvang aan de vertrektermijn blijft volgens de wetgever het spoedeisend belang voor de behandeling van de voorlopige voorziening voor de rechtbank behouden.

In afwachting van de uitspraak op het verzoek om een voorlopige voorziening heeft de vreemdeling geen rechtmatig verblijf op grond van de Vw 2000. Deze situatie is gelijk aan de situatie die voor 1 juli 2010 bestond.

De herziening van de Vw 2000 op 1 juli 2010 omvat onder andere een codificatie van de rechtspraak over het beroep tegen de meeromvattende beschikking. Op grond van artikel 83 Vw 2000 dient de rechter bij de beoordeling van het beroep, anders dan vóór de herziening van de Vw 2000, onder meer rekening te houden met wijziging van beleid die na het bestreden besluit heeft plaats gevonden. Een belangrijke reden voor deze wijziging was de strikte toepassing van artikel 83 Vw 2000 door de bestuursrechter. Deze leidde er volgens de wetgever toe dat asielzoekers vaker een tweede of volgende aanvraag indienden.

58 Artikel 69, tweede lid, Vw 2000.

59 Artikel 82, tweede lid, aanhef en onder a Vw 2000.

60 Artikel 69, eerste lid, Vw 2000.

61 Artikel 82, eerste lid, Vw 2000.

62 Paragraaf C 22/5.3 Vc 2000 gaf de vreemdeling voor de herziening van de Vw 2000 van 1 juli 2010 het recht zijn tijdig ingediend verzoek om een voorlopige voorziening tijdens het beroep in Nederland af te wachten, maar er ontstond geen recht op opvang op grond van de Wet COA en de Rva 2005. Zie ook *Kamerstukken II* 2006/07, 19 637, nr. 1134, p. 32. Artikel 3, derde lid onder a Rva 2005 bepaalt dat pas nadat een gevraagde voorlopige voorziening hangende het beroep tegen de afwijzing van de asielaanvraag in het AC is getroffen, recht op opvang door het COA bestaat. Hierna wordt de vraag behandeld hoe deze bepaling zich verhoudt tot artikel 3 richtlijn.

De strikte opvatting van de rechter bestond er onder meer uit dat beleidswijzigingen niet in beroep konden worden meegenomen in verband met de werking van artikel 4:6 Algemene wet bestuursrecht (Awb).⁶³

3.4 Bijzondere (asiel)procedures

3.4.1 *Alleenstaande minderjarige vreemdelingen*

Het Nederlandse vreemdelingenrecht kent enkele bijzondere (asiel)procedures. Zo zijn er speciale procedures voor alleenstaande minderjarige vreemdelingen, voor asielzoekers die mogelijk vallen onder de Dublinverordening en voor asielzoekers met een tweede of volgend asielverzoek.

De vreemdeling die stelt minderjarig te zijn en niet wordt begeleid door een ouder of wettelijke vertegenwoordiger (alleenstaande minderjarige vreemdeling, hierna: amv) wordt bij binnenkomst over land in AC Den Bosch geplaatst⁶⁴ en doorloopt in grote lijnen dezelfde procedure als de volwassen asielzoeker. Wel wordt onderscheid gemaakt tussen minderjarigen jonger en ouder dan twaalf jaar. Zo wordt de amv beneden de leeftijd van 12 jaar niet tijdens de algemene asielprocedure aan een nader gehoor onderworpen, maar gebeurt dit in de verlengde asielprocedure⁶⁵ door gespecialiseerde contactambtenaren en in speciale, kindvriendelijke hoorruimtes.

De voornemenbeschikking en de definitieve beschikking worden in kopie verzonden naar de voor de amv verantwoordelijke voogdij-instelling NIDOS. Indien aan een minderjarige asielzoeker geen asielvergunning wordt verstrekt kan de minderjarige in aanmerking komen voor een reguliere vergunning als amv.⁶⁶ Als de asielaanvraag van de amv in de AC-procedure wordt afgedaan behoudt hij op grond van de Rva 2005 het recht op opvangvoorzieningen.⁶⁷ Is een amv in AC Schiphol geplaatst en bestaat geen twijfel over de minderjarigheid, dan wordt hij na afloop van de algemene asielprocedure niet gehuisvest in een grenslogies en krijgt hij opvang op grond van de Rva 2005.

3.4.2 *Dublinverordening*

Voor of tijdens het eerste gehoor in het AC kan al blijken dat een andere lidstaat mogelijk verantwoordelijk is voor de behandeling van het asielverzoek van de vreemdeling. In dit geval is artikel 30, onder a, Vw 2000 van toepassing, dat ver-

63 Zie voor bijzondere aspecten aan de toepassing van artikel 4:6 Awb bij asielbesluiten: Reneman & Hubel 2005, p. 376-403.

64 Artikel 3.42, tweede lid, VV 2000.

65 Artikel 3.113, vijfde lid, aanhef en onder b, Vb 2000.

66 Artikel 3.56 Vb 2000.

67 Artikel 3, derde lid, aanhef en onder b, Rva 2005.

wijst naar de Overeenkomst van Dublin en diens opvolger, EU-Verordening 343/2003.

Wanneer er al tijdens de rust- en voorbereidingstermijn aanwijzingen zijn dat mogelijk een ander land verantwoordelijk is voor behandeling van het asielverzoek, wordt zo snel mogelijk door de IND onderzocht of er een mogelijkheid is om bij het desbetreffende land een Dublinclaim te leggen, zonder dat de algemene asielprocedure start.⁶⁸ Het nader gehoor wordt afgenomen in de vorm van een zo genoemd Dublingehoor dat slechts betrekking heeft op de vraag of de vreemdeling en de behandeling van het asielverzoek dienen te worden overgedragen aan de verantwoordelijke lidstaat. Het Dublingehoor zal in beginsel plaatsvinden tijdens de algemene asielprocedure waarbij niet wordt gevraagd naar de asielmotieven van de vreemdeling.

Een eventueel voornemen tot overdracht wordt opgesteld nog voordat een verzoek daartoe door het andere land is aanvaard.⁶⁹ Na ontvangst van de zienswijze op het uitgebrachte voornemen en de eventuele aanvullingen en correcties op het Dublingehoor, wordt beslist of een claim wordt gelegd, of een reeds gelegde claim wordt gehandhaafd. Als er sprake is van een vreemdeling aan wie een maatregel wordt opgelegd op grond van artikel 6, eerste lid, juncto tweede lid, Vw, kan in een dergelijk geval de gesloten verlengde procedure worden toegepast.⁷⁰

Als het verzoek tot overdracht door de andere lidstaat wordt gehonoreerd, wordt een beschikking uitgereikt. Wordt het verzoek afgewezen, dan volgt alsnog een inhoudelijke behandeling van de asielaanvraag.

3.4.3 *Tweede of volgende asielaanvraag*

Een ander voorbeeld van een bijzondere asielprocedure is de procedure die wordt gehanteerd in het geval van een vreemdeling die eerder een asielprocedure in Nederland heeft doorlopen, opnieuw asiel wil aanvragen. Een voorwaarde voor behandeling van deze aanvraag is dat geen sprake is van een herhaalde aanvraag in de zin van artikel 4:6 Awb. De tweede of volgende aanvraag dient op grond van dit artikel nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden te bevatten. Er is sprake van nieuwe feiten of veranderde omstandigheden, indien die op het moment waarop de eerdere aanvraag werd afgewezen niet bekend waren of redelijkerwijs niet bekend konden zijn, en niet op voorhand is uitgesloten dat die nieuwe feiten of veranderde omstandigheden af kunnen doen aan het eerdere besluit en de overwegingen waarop dat besluit rust.

Bij gebrek aan deze 'nova' kan de minister de aanvraag afwijzen onder verwijzing naar de eerdere afwijzende beschikking, zonder dat toepassing wordt

⁶⁸ Artikel 69, tweede lid, Vw en artikel 82, tweede lid, Vw 2000.

⁶⁹ Artikel 3.118 Vb 2000.

⁷⁰ Vc 2000, deel C12/5.3.

gegeven aan artikel 4:5 Awb, dat de mogelijkheid biedt alsnog nova in te brengen.⁷¹ De uitzetting blijft niet achterwege als zich naar het voorlopig oordeel van de minister een herhaalde aanvraag voordoet.

De rechtbank houdt bij het beoordelen van het beroep rekening met feiten en omstandigheden die na het nemen van het bestreden besluit zijn opgekomen, en met wijzigingen van beleid die na het bestreden besluit zijn bekendgemaakt.⁷² Wanneer de vreemdeling in de beroepsprocedure over de eerdere aanvraag nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden heeft ingebracht en de rechter hiermee rekening heeft gehouden, worden deze feiten en omstandigheden, voor de toepassing van artikel 4:6 Awb, geacht te zijn betrokken bij de afwijzende beschikking. Bij de beoordeling van de herhaalde aanvraag kan echter niet met een beroep op artikel 83, eerste lid, Vw 2000 aan de vreemdeling worden tegengeworpen dat feiten of omstandigheden die na het besluit zijn opgekomen, niet bij de rechtbank naar voren zijn gebracht.⁷³

3.5 Vrijheidbeperkende en vrijheidontnemende maatregelen

De minister heeft de bevoegdheid onder voorwaarden vrijheidbeperkende- en vrijheidontnemende maatregelen ten aanzien van asielzoekers te treffen.⁷⁴ Deze maatregelen van *vrijheidsbeneming* (of *ontneming*) moeten worden onderscheiden van maatregelen van *vrijheidsbeperking*. Vrijheidsbeneming is 'een daadwerkelijke ontzegging, geheel of grotendeels, van de fysieke mogelijkheid zich te begeven waarheen men wil, terwijl de ontzegging of uitsluiting van derden – overheid of bijzondere personen – afkomstig is'.⁷⁵ Bij een vrijheidsbeperkende maatregel beschikt iemand nog wel over fysieke bewegingsvrijheid, maar bij de uitoefening van dit grondrecht is hij, vergeleken met andere personen, achtergesteld. De scheidslijn tussen deze modaliteiten is niet altijd duidelijk te trekken. Voorbeelden zijn 'grensdetentie', waarvan de Hoge Raad in 1988 uitmaakte dat het vrijheidsontneming betreft, ondanks het feit dat de vreemdeling overal naartoe kon gaan (behalve naar Nederland),⁷⁶ en het verblijf in een aanmeldcentrum.

Als een vrijheidsbeperkende- of vrijheidsontnemende maatregel wordt getroffen, betekent dit dat voor deze vreemdeling op grond van nationaal recht andere regels gelden voor de opvangvoorzieningen dan die voor de asielzoeker in de zin van de Rva 2005. Zo kan de minister op grond van artikel 59 Vw 2000 ook een asielzoeker in bewaring stellen als het belang van de openbare orde of de

71 Als wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 31a Vw 2000 is overigens geen sprake van een herhaalde aanvraag.

72 Artikel 83 Vw 2000.

73 Zie voor bijzondere aspecten aan de toepassing van artikel 4:6 Awb bij asielbesluiten: Reneman & Hubel 2005, p. 376-403.

74 Baudoin, Van de Burgt & Van Kalmthout 2008.

75 *Kamerstukken II* 1991/1992, 22 735, nr. 3, p. 29.

76 HR 9 december 1988, RV 1988, 14; zie ook EHRM 25 juni 1996, RV 1996, 73 (*Amuur*).

ationale veiligheid dit vordert, met het oog op de uitzetting. In dit bestek worden de vrijheidbeperkende en vrijheidontnemende maatregelen niet verder beschreven.

4. HET RECHT OP OPVANG VAN ASIELZOEKERS IN NEDERLAND

Deze paragraaf biedt een overzicht van de Nederlandse wettelijke regels inzake de materiële opvangvoorzieningen voor asielzoekers in de zin van de richtlijn. Dit overzicht omvat het recht op materiële opvangvoorzieningen voor asielzoekers, dat geldt sinds de herziening van de Vw 2000 per 1 juli 2010. Het recht op opvangvoorzieningen zoals dit tot 1 juli 2010 bestond, wordt echter ook (deels) beschreven omdat dit van belang is voor de beantwoording van de vraag of dat recht kon gelden als omzetting van de richtlijn.

Het overzicht van de opvangvoorzieningen in Nederland is niet uitputtend bedoeld omdat deze studie zich in het bijzonder richt op de omzetting van artikel 3, 16 en 21, eerste lid, van de richtlijn in de Rva 2005, die betrekking hebben op de doelgroep van de richtlijn en de rechtsbescherming tegen beslissingen over het onthouden van opvangvoorzieningen aan asielzoekers.

4.1 De Vw 2000

De Vw 2000 bevat een aantal belangrijke voorwaarden voor het toekennen van het recht op opvangvoorzieningen aan asielzoekers.⁷⁷ Ten eerste kent de wet de hoofdregel dat de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft, geen aanspraak kan maken op 'de toekenning van verstrekkingen, voorzieningen en uitkeringen bij wege van een beschikking van een bestuursorgaan'.⁷⁸ De wet bepaalt limitatief welke vreemdelingen rechtmatig verblijf hebben en *wel* in aanmerking komen voor deze aanspraken.⁷⁹ Tot deze vreemdelingen behoort de asielzoeker die (1) rechtmatig verblijf heeft⁸⁰ en bovendien (2) een aanspraak op voorzieningen wordt toegekend bij of krachtens de Wet Centraal Orgaan asielzoekers (Wet COA), dan wel bij of krachtens een ander wettelijk voorschrift, waarin aanspraken van deze vreemdelingen zijn neergelegd.

77 De Koppelingswet introduceerde in 1998 het koppelingsbeginsel, dat een verband legt tussen de verblijfspositie van de vreemdeling ('rechtmatig verblijf') en het recht op aanspraken op uitkeringen, voorzieningen en verstrekkingen. Zie uitgebreid over de uitsluiting van vreemdelingen van voorzieningen na de Koppelingswet: Pluymen 2008.

78 Artikel 10, eerste lid Vw 2000. Het tweede lid van deze bepaling biedt echter een mogelijkheid tot het maken van een uitzondering ingeval van onderwijs, de verlening van medisch noodzakelijke zorg, de voorkoming van inbreuken op de volksgezondheid en de rechtsbijstand aan de vreemdeling.

79 Artikel 11, tweede lid Vw 2000.

80 Als bedoeld in artikel 8, onder f, g, h, Vw 2000.

Het *rechtmatig verblijf* komt aan de asielzoeker toe in afwachting van de beslissing op een aanvraag tot het verlenen van de verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd. Voorwaarde is dat ingevolge de Vw 2000 of op grond van een rechterlijke beslissing, uitzetting van de aanvrager achterwege moet blijven totdat op de aanvraag is beslist. Ook na deze beslissing heeft de asielzoeker rechtmatig verblijf als hij in afwachting is van de beslissing op een beroepschrift. Hier geldt als voorwaarde dat bij of krachtens de Vw 2000 of op grond van een rechterlijke beslissing, uitzetting van de aanvrager achterwege dient te blijven totdat op het beroepschrift is beslist.⁸¹

4.2 De Wet COA en de Rva 2005

De voorwaarde die de Vw 2000 stelt dat de asielzoeker die rechtmatig verblijf in Nederland heeft, het recht op voorzieningen wordt geboden als hij een aanspraak wordt toegekend *bij of krachtens de Wet COA of bij of krachtens een ander wettelijk voorschrift, waarin aanspraken van deze vreemdelingen zijn neergelegd*,⁸² wordt in de volgende paragrafen verder uitgewerkt.

De Wet COA biedt de wettelijke basis voor het verstrekken van opvangvoorzieningen aan asielzoekers. Deze wet is een organisatiewet die de rechtspersoon krachtens publiekrecht het Centraal Orgaan opvang asielzoekers (hierna: COA) instelt, en bepalingen bevat die de werkverhouding tussen de minister en het COA regelen. Het COA is tevens een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, onder a, van de Awb. De taak van het COA bestaat onder meer uit het regelen van de materiële en immateriële opvang van asielzoekers en het plaatsen van asielzoekers in een opvangvoorziening.⁸³

De Wet COA geeft de Minister van Justitie de bevoegdheid regels te stellen met betrekking tot verstrekkingen aan asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen.⁸⁴ In 2005 kwam die bevoegdheid toe aan de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie. Deze heeft in 2005 van deze bevoegdheid gebruik gemaakt door het opstellen van de Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005. Vanaf 2008 was de Minister van Justitie bevoegd deze regels te stellen,⁸⁵ maar sinds oktober 2010 is de minister (zonder portefeuille) voor Immigratie en Asiel verantwoordelijk voor het asielbeleid in Nederland. Deze minister valt onder het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.⁸⁶

81 Zie de onderdelen f en h van artikel 8 Vw 2000.

82 Artikel 11, tweede lid, onderdeel b, Vw 2000.

83 Artikel 3 Wet COA.

84 Artikel 12 jo. artikel 3, tweede lid, Wet COA.

85 *Stb.* 2008, 85, p. 9.

86 Besluit houdende niet verlening van ontslag aan drie ministers alsmede benoeming van acht nieuwe ministers, *Stcrt.* 2010, nr. 16536, en ook het Besluit departementale herindeling vreemdelingenzaken, *Stcrt.* 2010, nr. 16527.

De Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005 (hierna: Rva 2005) is een ministeriële regeling. Deze regeling is de enige officieel als zodanig bekend gemaakte invoering van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen naar aanleiding van het totstandkomen van de opvangrichtlijn in Nederland. De Rva 2005 bevat onder meer begripsomschrijvingen en bepalingen over de toelating tot de opvangvoorzieningen, en bepaalt dat het COA zorg draagt voor de centrale opvang van asielzoekers in een opvangvoorziening.

De Rva 2005 is van toepassing op de asielzoeker die niet beschikt over voldoende middelen om in de noodzakelijke kosten van het bestaan te voorzien als bedoeld in de Wet Werk en Bijstand. Een asielzoeker in de zin van de Rva 2005 is een vreemdeling wiens vrijheid niet rechtens is ontnomen, door wie of ten behoeve van wie een asielaanvraag is ingediend.⁸⁷

Deze regeling biedt het recht op verstrekkingen niet alleen aan asielzoekers maar ook aan bepaalde andere categorieën vreemdelingen die aan de asielzoeker gelijk worden gesteld,⁸⁸ zoals de asielzoeker die tijdens de rust- en voorbereidingstermijn in afwachting is van het indienen van de asielaanvraag.⁸⁹ Deze asielzoeker krijgt echter in tegenstelling tot andere asielzoekers geen wekelijkse financiële toelage voor voedsel, kleding en andere persoonlijke uitgaven, en hij mag niet deelnemen aan recreatieve en educatieve activiteiten. Dit geldt ook voor de asielzoeker in het AC.⁹⁰

Ook de vreemdeling van wie de asielaanvraag binnen de procedure op het Aanmeldcentrum is afgewezen en voor wie een tijdig ingediend verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening om de behandeling van het beroeps- en hoger beroepsschrift in Nederland te mogen afwachten, is toegewezen, heeft recht op opvangvoorzieningen in de zin van de Rva 2005.⁹¹ Hetzelfde geldt voor een alleenstaande minderjarige vreemdeling van wie de asielaanvraag binnen de procedure op het AC is afgewezen.⁹²

Een groot aantal asielaanvragen wordt afgewezen. De Rva 2005 bepaalt dat als de asielzoeker rechtmatig verwijderbaar is geworden vanwege het niet inwilligen van de asielaanvraag die recht geeft op opvang, de verstrekkingen eindigen⁹³ op de dag nadat de vertrektermijn van artikel 62 Vw 2000 is verstreken.⁹⁴

87 Artikel 1, onder d, Rva 2005. Artikel 1, onder d Rva 2005 omschreef de asielzoeker voor de Rva 2005 wijziging van 2010 (*Stcrt.* 2010, nr. 10189) als een vreemdeling wiens vrijheid niet rechtens is ontnomen, door wie of ten behoeve van wie een asielaanvraag is ingediend die niet binnen 48 procedures, bedoeld in artikel 1.1, onder f, van het Vreemdelingenbesluit 2000, is afgewezen.

88 Zie voor een volledige opsomming artikel 3 Rva 2005.

89 Artikel 3, derde lid, en onder o, Rva 2005.

90 Artikel 9, negende lid, Rva 2005.

91 Artikel 3, derde lid, onder a Rva 2005.

92 Artikel 3, derde lid, onder b Rva 2005.

93 Artikel 7 Rva 2005.

94 Artikel 5 van de Rva 2005.

Dit beginsel lijdt uitzondering als de uitzetting van de asielzoeker ingevolge de Vreemdelingenwet 2000 of een rechterlijke uitspraak achterwege dient te blijven. Ook eindigt de opvang van de asielzoeker niet als hij in afwachting is van een rechterlijke uitspraak op een binnen de vertrektermijn ingediend verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening om de behandeling van het *hoger* beroep-schrift in Nederland te mogen afwachten.⁹⁵

4.2.1 *Opvangcentra van het COA*

Als de rust- en voorbereidingstermijn en de algemene asielprocedure zijn afgerond, wordt de asielzoeker van een Proces Opvanglocatie bij een AC naar een ander centrum overgeplaatst. Sinds 1 januari 2005 kent het COA twee soorten centra: de oriëntatie- en inburgeringslocatie, en de terugkeerlocatie. Asielzoekers van wie het asielverzoek niet gedurende de algemene asielprocedure in het aanmeldcentrum is afgewezen en vreemdelingen die in het bezit zijn gesteld van een verblijfsvergunning, verblijven in een oriëntatielocatie. Asielzoekers die een negatieve beslissing hebben gekregen op hun asielverzoek verblijven in een terugkeerlocatie waarin de vreemdeling wordt voorbereid op zelfstandige terugkeer naar het land van herkomst.

De onderverdeling in oriëntatie- en inburgeringscentra en terugkeercentra (en vertrekcentra) vindt zijn oorsprong in het naar aanleiding van de 'Terugkeernota'⁹⁶ in 2004 uitgewerkte nieuwe opvangmodel⁹⁷ waarin het type opvangcentrum is afgestemd op de fasen van de asielprocedure, welke fasen de benamingen oriëntatiefase, terugkeerfase en inburgeringsfase hebben gekregen.⁹⁸

De term oriëntatiefase staat voor de fase waarin de IND nog geen beslissing heeft genomen op de eerste asielaanvraag. In deze fase worden asielzoekers opgevangen in oriëntatielocaties en is het beleid onder meer gericht op de ontwikkeling van 'een realistisch toekomstperspectief van de asielzoeker'. In deze fase wordt de asielzoeker duidelijk gemaakt dat de grote meerderheid van de asielaanvragen ongegrond wordt verklaard en dat terugkeer naar het land van herkomst daarom de meest waarschijnlijke uitkomst van de procedure is.

De terugkeerfase is gericht op het actief voorbereiden van de asielzoeker op een zelfstandige terugkeer naar het land van herkomst. Bij een negatieve beschikking door de IND zal de asielzoeker die hiertegen beroep aantekent bij de rechter, binnen 2 maanden worden overgeplaatst naar een terugkeerlocatie. Asielzoekers worden gestimuleerd om activiteiten te ontplooiën ter voorbereiding van hun

95 Voor zover uitzetting gedurende de behandeling van dit verzoek achterwege blijft, zie ook artikel 5 Rva 2005.

96 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 344, nr. 1.

97 *Kamerstukken II* 2004/05, 19 637, nr. 885.

98 De implementatie van het nieuwe opvangmodel werd gestart op 1 januari 2005: de vier Opvangcentra (OC's) werden daarna in oriëntatielocaties worden veranderd. De AZC's worden getransformeerd tot terugkeerlocatie.

terugkeer en worden geconfronteerd met hun toekomstperspectief en een beperking in mogelijkheden. De deelname aan het aangeboden terugkeerprogramma is verplicht.⁹⁹

Ten slotte biedt de 'Vrijheidsbeperkende Locatie' opvang aan uitgeprocedeerde asielzoekers die na de vertrektermijn van vier weken nog een extra vertrektermijn van twaalf weken wordt gegund op voorwaarden dat de vreemdeling meewerkt aan zijn vertrek. De Rva 2005 is niet van toepassing tijdens het verblijf in deze locatie, maar de opvangvoorzieningen zijn feitelijk gezien van hetzelfde niveau. Het vrijheidsbeperkende element zit in feit dat de vreemdeling zich elke dag moet melden om te stempelen.¹⁰⁰

Het COA voert in deze locaties (de oriëntatie- en inburgeringslocatie, en de terugkeerlocatie) een verstrekkingenbeleid¹⁰¹ waarin de zelfstandigheid van de asielzoeker het uitgangspunt is. Deze verstrekkingen bestaan onder meer uit onderdak, een wekelijkse financiële toelage, kleedgeld, recreatieve en educatieve activiteiten, een ziektekostenregeling, een WA-verzekering en betaling van buitengewone kosten en een programma voor educatie en ontwikkeling en specifieke begeleiding voor bijzonder kwetsbare personen. Deze verstrekkingen kunnen geheel of gedeeltelijk aan een asielzoeker worden onthouden (zie hierover paragraaf 5.3).

Voor de opvang van alleenstaande minderjarige vreemdelingen (amv) gelden bijzondere regels. De minderjarige tot 12 jaar wordt bij een pleeggezin gehuisvest,¹⁰² kinderen ouder dan 12 jaar worden onder verantwoordelijkheid van het COA, met toepassing van de Rva 2005 in speciale huisvesting ondergebracht. De amv die onder de Rva 2005 valt, wordt in Kinderwooneenheden (KWE) of in speciale AMA campussen onder gebracht.¹⁰³ In de verschillende opvangvoorzieningen worden de opvangvoorzieningen gericht op terugkeer of integratie, afhankelijk van het toekomstperspectief van de niet-begeleide minderjarige en het stadium van zijn asielprocedure.¹⁰⁴

Verder is van belang dat artikel 7, tweede lid, Wet COA na goedkeuring van de minister de bevoegdheid biedt de werkzaamheden van het COA door derden uit te laten voeren. Dit is bijvoorbeeld het geval bij minderjarigen, die door een voogdij-instelling (NIDOS) worden verzorgd.

99 De inburgeringsfase is gericht op vergunninghouders die in de COA-opvang verblijven en in afwachting zijn van uitplaatsing naar een woning. Deze fase wordt verder buiten beschouwing gelaten.

100 Zie Introductie Opvangvormen, Vluchtweb.

101 Verstrekkingenbeleid 2003, COA, n.g.

102 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2006/07, 27 062, nr. 56.

103 Zie voor de uitwerking van het opvangmodel bij instroom van de amv de brief van de Minister voor V&I over het nieuwe opvangmodel voor AMV's: *Kamerstukken II* 2005/06, 27 062, nr. 48. Vgl. artikel 19, tweede lid, richtlijn.

104 *Kamerstukken II* 2005/06, 27062, nr. 48, 13 december 2005.

5. DE OMZETTING VAN DE RICHTLIJN IN NEDERLAND

In deze paragraaf wordt eerst (kort) uiteengezet op welk niveau de richtlijn in het Nederlandse recht is omgezet. De omzetting van de in dit boek bestudeerde richtlijnonderdelen worden uitgebreid beschreven en er wordt een antwoord gegeven op de onderzoeksvraag of deze omzetting voldoet aan de vereisten van de richtlijn. Hierbij is de nadruk gelegd op de omzetting in de Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005 (Rva 2005) omdat deze regeling de enige als zodanig bekend gemaakte omzetting van de richtlijn is. Maar ook het niet gepubliceerde Reglement Onthoudingen Voorzieningen (ROV) van het COA wordt beschreven omdat dit reglement regels bevat voor het onthouden van opvangvoorzieningen van asielzoekers.

5.1 De wijze van omzetting

In hoofdstuk II is onder meer vastgesteld dat de keuze voor een richtlijn als wetgevingsinstrument tot gevolg heeft dat de lidstaten bij de omzetting van de richtlijn in het nationale recht, keuzevrijheid hebben ten aanzien van de vorm en de middelen om het verplichte resultaat te realiseren. Deze vrijheid is betrekkelijk omdat de omzetting van een richtlijn in beginsel alleen dient plaats te vinden door het vaststellen van algemeen verbindende regels van nationaal recht.¹⁰⁵ De enige officieel als zodanig bekend gemaakte invoering van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen (als bedoeld in artikel 26 van de Opvangrichtlijn) in Nederland, is de wijziging van de Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen (Rva 1997) door middel van de Rva 2005.¹⁰⁶

De ministeriële regeling als omzettingsinstrument is in Nederland de meest gebruikelijke: 45% van de richtlijnen wordt op deze wijze omgezet, terwijl bijvoorbeeld de richtlijn slechts in 13% van de gevallen door middel van een wet in formele zin wordt omgezet, en een Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) in 30% van de gevallen wordt gehanteerd. De omzetting van bijna 90% van de richtlijnen geschiedt dus via gedelegeerde regelgeving. Hierbij moet worden opgemerkt dat het ministerie van Justitie (verantwoordelijk voor het opstellen van de Rva in 2005) het meest (40%) gebruik maakt van omzetting door middel van wetgeving in formele zin.¹⁰⁷ Dit niveau van omzetting lijkt een reden te zijn voor het gegeven dat het ministerie van Justitie van alle ministeries de termijnen het meest overschrijdt.¹⁰⁸ De minister publiceerde de Rva 2005 wel binnen de omzet-

105 Zaak 97/81, *Commissie tegen Nederland*, Jur. 1982, p. 1819.

106 *Stcrt.* 2005, nr. 24, p. 17.

107 Bovens & Yesilkagit 2005, p. 524.

108 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 498, nrs. 1-2, p. 47. Uit deze stukken blijkt dat Nederland persistent te laat is met omzetting van richtlijnen: de helft van de richtlijnen werd in de periode 2001-2006 te laat omgezet. Zie meer algemeen over de wijze van implementatie van EU-recht: Van den Brink 2004.

tingstermijn die de richtlijn verlangde: op 3 februari 2005 verscheen deze in de Staatscourant.¹⁰⁹

In de toelichting bij de Rva 2005 wordt vermeld dat de implementatie van de richtlijn een van de redenen is voor het totstandkomen van de Rva 2005, en wordt verwezen naar de richtlijn als volgens de minister sprake is van de omzetting van, of het (reeds) voldoen aan, een richtlijnbevestiging. In de literatuur wordt de vraag gesteld of de omzetting volstaat.¹¹⁰ Deze kanttekeningen worden in de hier volgende paragrafen beschreven.

5.2 De doelgroep: artikel 3 van de richtlijn

De richtlijn is volgens artikel 3, eerste lid, van de richtlijn van toepassing op alle onderdanen van derde landen en staatlozen die een asielverzoek aan de grens of op het grondgebied van een lidstaat in hebben gediend voor zover zij als asielzoeker op het grondgebied mogen verblijven, maar ook op de gezinsleden die volgens het nationale recht onder dit asielverzoek vallen.

De omzetting van artikel 3 in het Nederlandse recht heeft niet volledig plaats gevonden, maar een onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie vóór en na 1 juli 2010, op welke datum een wijziging van de Vw 2000 en de Rva 2005 plaatsvond. Sinds de wijziging van de Rva 2005 kunnen meer categorieën asielzoekers dan voorheen een beroep doen op deze regeling.

Hierna wordt beschreven hoe de uitsluiting van opvangvoorzieningen van een aantal categorieën asielzoekers in Nederland zich verhoudt tot artikel 3 van de richtlijn, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen de periode vóór en na 1 juli 2010.

5.2.1 Opvangvoorzieningen in afwachting van het indienen van de asielaanvraag

Artikel 1, onder d, van de Rva 2005 definieert een asielzoeker als een vreemdeling wiens vrijheid niet rechtens is ontnomen, door wie of ten behoeve van wie een asielaanvraag is ingediend.¹¹¹ De Rva 2005 is alleen van toepassing op deze asielzoeker én op de daaraan in deze regeling gelijkgestelde categorieën.¹¹² Sinds de wijziging van de Rva 2005 van 1 juli 2010 wordt de asielzoeker die tijdens de rust- en voorbereidingstermijn in een Collectieve Ontvangst Locatie (COL) in afwachting is van het indienen van de asielaanvraag, gelijk gesteld aan een asielzoeker

¹⁰⁹ *Stcrt.* 2005, nr. 24, p. 17.

¹¹⁰ Franssen, Larsson & Slingenberg 2007.

¹¹¹ Artikel 1, onder d, Rva 2005. Artikel 1, onder d Rva 2005 omschreef de asielzoeker voor de Rva 2005 wijziging van 2010 (*Stcrt.* 2010, 10189) als een vreemdeling wiens vrijheid niet rechtens is ontnomen, door wie of ten behoeve van wie een asielaanvraag is ingediend die niet binnen 48 procesuren, bedoeld in artikel 1.1, onder f, van het Vreemdelingenbesluit 2000, is afgewezen.

¹¹² Artikel 2, eerste lid jo. artikel 3, leden 3 en 4 van de Rva 2005.

in de zin van de Rva 2005.¹¹³ Deze asielzoeker krijgt dus opvangvoorzieningen, maar in tegenstelling tot de 'gewone' asielzoeker in de zin van deze regeling krijgt hij geen wekelijkse financiële toelage voor voedsel, kleding en andere persoonlijke uitgaven, en mag hij niet deelnemen aan recreatieve en educatieve activiteiten.¹¹⁴

Vóór de voornoemde wijziging van de Rva 2005 had een vreemdeling die bij de bevoegde autoriteiten kenbaar had gemaakt dat hij een asielverzoek wilde indienen, gelet op de hiervoor beschreven definitie van asielzoeker in de zin van de Rva 2005, geen enkel recht op Rva-opvangvoorzieningen. In de praktijk kreeg deze asielzoeker echter wel basale opvangvoorzieningen in een TNV (zie hieronder).

Het huidige Nederlandse recht ten aanzien het recht op opvangvoorzieningen van de asielzoeker die in een Collectieve Ontvangstlocatie in afwachting is van de beslissing op zijn asielaanvraag voldoet in beginsel aan artikel 3 van de richtlijn. Het gebrek aan een wekelijkse financiële toelage voor voedsel, kleding en andere persoonlijke uitgaven, en het verbod deel te nemen aan recreatieve en educatieve activiteiten kan echter wel tot gevolg hebben dat de opvangvoorzieningen niet voldoen aan de maatstaf van artikel 13, tweede lid, van de richtlijn. Ingevolge deze bepaling moeten de materiële opvangvoorzieningen voldoen aan de maatstaf dat deze met het oog op een levensstandaard voldoende zijn om de gezondheid van de asielzoeker te verzekeren en bestaansmiddelen te waarborgen. Verblijft een asielzoeker tijdens de rust- en voorbereidingstermijn langer in een Collectieve Ontvangst Locatie, dan kan bijvoorbeeld een gebrek aan recreatie leiden tot problemen met de gezondheid.

Tot de wijziging van de Rva 2005 van 1 juli 2010 was deze regeling ten aanzien van de asielzoeker in een TNV om de volgende redenen in strijd met de richtlijn.

Artikel 3 van de richtlijn stelt als voorwaarde voor het toepassingsbereik van de richtlijn dat een asielverzoek moet zijn ingediend. Het is onduidelijk onder welke voorwaarden een asielverzoek volgens de richtlijn is ingediend, omdat de richtlijn geen bepalingen bevat over het moment waarop een asielverzoek is ingediend of over de wijze waarop dit moet gebeuren. Ook de Procedurerichtlijn en de Dublinverordening bevatten dergelijke bepalingen niet.

Asielzoekers die vóór de herziening van de Rva 2005 van 2010 de intentie hadden uitgesproken om asiel aan te vragen, maar in afwachting waren van de gelegenheid voor het indienen van een formeel asielverzoek, verbleven in een TNV. Omdat de richtlijn niet expliciet bepaalt op welke wijze een asielaanvraag moest worden ingediend, geldt als uitgangspunt dat de lidstaat onder voorwaarden de vrijheid heeft procedureregels voor het indienen van een asielaanvraag te stellen. De minister in Nederland maakte van deze vrijheid gebruik door de Rva

113 Artikel 3, derde lid, en onder o, Rva 2005.

114 Artikel 9, negende lid, Rva 2005.

2005 niet van toepassing te verklaren op asielzoekers in een TNV. De redenering was dat de asielaanvraag naar nationaal recht nog niet was ingediend.

De bedoelde vrijheid van de minister dient echter te worden gerelativeerd. Gezien artikel 4, tweede lid, van de Dublinverordening moet worden aangenomen dat bij een niet schriftelijke intentieverklaring van de asielzoeker om asiel aan te vragen, de tijd tussen deze verklaring en de benodigde handeling van de overheid zo kort mogelijk moet zijn (zie hoofdstuk III, paragraaf 5.2.2). Het verblijf van enkele weken in een TNV voordat een asielaanvraag daadwerkelijk kon worden ingediend,¹¹⁵ voldeed niet aan deze norm.¹¹⁶

Het aan de lidstaat overlaten van de wijze waarop een asielverzoek wordt ingediend lijkt in lijn met het Europese beginsel van procedurele autonomie dat de lidstaten ingeval EU-rechten worden ingeroepen de vrijheid biedt zelf te bepalen welke procedures van toepassing zijn en hoe deze worden ingericht (zie hoofdstuk II).¹¹⁷ Deze autonomie kan echter niet zover strekken dat deze bepalingen van EU-recht niet kunnen worden geëffectueerd. Het effectiviteitsbeginsel of het doeltreffendheidsbeginsel heeft immers tot gevolg dat de nationaalrechtelijke procesregels de uitoefening van de door het EU-recht verleende rechten niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. De toepassing van dit beginsel op de Opvangrichtlijn heeft tot gevolg dat lidstaten asielzoekers niet, of niet langer dan zo kort als mogelijk, kunnen uitsluiten van de werkingssfeer van de richtlijn.

De voorgaande argumenten ondersteunen de conclusie dat de Nederlandse autoriteiten ervoor moeten zorgen dat asielzoekers zo snel mogelijk nadat zij kenbaar hebben gemaakt asiel te willen aanvragen, in staat worden gesteld hun asielverzoek in te dienen. Deze asielzoeker valt bijgevolg onder het toepassingsbereik van de richtlijn. Deze aanname wordt ondersteund door het evaluatierapport van de EU Commissie van 26 november 2007 over de Opvangrichtlijn, waarin de

115 In november 2007 was de verblijfsduur in de TNV Ter Apel 6 weken.

116 Daarnaast blijkt uit jurisprudentie van de hoogste Nederlandse bestuursrechter in het asielrecht (de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State) dat ook per fax onder voorwaarden een asielaanvraag kan worden ingediend en dat geen wettelijke grondslag bestond voor het afsprakensysteem en de daaraan verbonden gevolgen van het begin van de asielprocedure. Zie o.a. ABRvS 19 mei 2006, *RV* 2006, 74 m.nt. H. Batjes en ABRvS 19 november 2008, *JV* 2009/46 m.nt. C.H. Slingenberg.

117 In nationaal verband oordeelde de rechtbank Haarlem (9 februari 2007, *Awb* 06/39427 en *Awb* 06/39426) ten aanzien van artikel 2, aanhef en onder b richtlijn onder meer dat '(...) bij het ontbreken van specifieke bepalingen over de wijze waarop of de vorm waarin een asielverzoek zou moeten worden gedaan en over de wijze waarop een asielverzoek zou moeten worden behandeld, het de lidstaten in beginsel vrijstaat om de organisatie van de behandeling van asielverzoeken naar eigen inzicht in te richten. (...)'.¹¹⁸

Commissie een 'klein' probleem constateerde, omdat de richtlijn in Nederland niet werd toegepast in de primaire toelatingsfase (TNV en AC).¹¹⁸

De conclusie dat de richtlijn van toepassing is op asielzoekers in een TNV heeft tot gevolg dat het recht op verstrekkingen die in een TNV worden geboden in kenbaar gemaakte regelgeving dient te zijn beschreven. De situatie dat deze regelgeving vóór 1 juli 2010 ontbrak was dus in strijd met de richtlijn.

5.2.2 De asielzoeker in een AC

Ingevolge artikel 1, onder d, van de Rva 2005 heeft ook de asielzoeker die een asielverzoek heeft ingediend in een AC, recht op opvangvoorzieningen van de Rva 2005.

Vóór de herziening van de Vw 2000 en de wijziging van de Rva 2005 op 1 juli 2010¹¹⁹ was hiervan geen sprake. Een asielzoeker was toen volgens dat artikelonderdeel 'een vreemdeling wiens vrijheid niet rechtens is ontnomen, door wie of ten behoeve van wie een asielaanvraag is ingediend die niet binnen 48 procesuren, bedoeld in artikel 1.1, onder f, van het Vreemdelingenbesluit 2000, is afgewezen'.

De voorwaarde voor het recht op opvang op grond van de Rva 2005 dat geen sprake mocht zijn van een afwijzing in de 48 uur durende AC procedure, is dus geschrapt. Deze voorwaarde had tot 1 juli 2010 tot gevolg dat asielzoekers die in een AC een asielaanvraag indienden, geen recht hadden op verstrekkingen in de zin van de Rva 2005, totdat was vastgesteld dat de asielaanvraag niet in het AC werd afgewezen en de asielzoeker werd overgeplaatst naar een opvangcentrum voor asielzoekers.

Het schrappen van deze voorwaarde heeft tot gevolg dat de asielzoeker in de versnelde algemene asielprocedure, die de oude AC procedure op hoofdlijnen vervangt, sinds 1 juli 2010 valt onder het toepassingsbereik van de Rva 2005.

De situatie dat de asielzoeker in de versnelde algemene asielprocedure naar huidig recht onder het toepassingsbereik van de Rva 2005 valt, is in overeenstemming met artikel 3, eerste lid, van de richtlijn. Deze bepaling verklaart de richtlijn van toepassing op alle onderdanen van derde landen en staatlozen die een asielverzoek hebben ingediend voor zover zij als asielzoeker op het grondgebied mogen verblijven. De asielzoeker in de algemene asielprocedure voldoet aan deze criteria. Hij heeft een asielaanvraag ingediend, en ook de voorwaarde dat hij als asielzoeker op het grondgebied mag verblijven, is vervuld. Een belangrijk argument voor de laatste aanname is dat de Procedurerichtlijn, die bij het bepalen van het toepassingsbereik van dit artikel van de Opvangrichtlijn kan worden

118 Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over de toepassing van richtlijn 2003/9/EG van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten, COM(2007) 745, p. 3.

119 *Stcrt.* 2010, 10189.

betrokken, de hoofdregel bevat dat een asielzoeker in ieder geval in de lidstaat mag blijven totdat de beslissingsautoriteit *in eerste aanleg* een beslissing heeft genomen (zie hoofdstuk III paragraaf 5.2.2).

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State neemt echter aan dat de nationale wetgever bij de invulling van het begrip 'op het grondgebied mogen verblijven' in de Opvangrichtlijn, een meer strikte invulling mag geven dan aan het begrip 'mogen blijven' zoals deze in de Procedurerichtlijn wordt gebruikt¹²⁰ (zie verder onder paragraaf 5.2.3).

De situatie vóór 1 juli 2010, die inhield dat een asielzoeker in een AC geen rechten kon ontlenen aan de Rva 2005, was in ieder geval in strijd met artikel 3 van de Opvangrichtlijn. De asielzoeker die in Nederland een asielverzoek had ingediend, mocht gelet op voorgaande redenering, in ieder geval voordat de eerste beslissing op de asielaanvraag was genomen, gedurende de AC-procedure op het Nederlandse grondgebied verblijven, en viel daarmee onder het toepassingsbereik van de richtlijn.¹²¹ Weliswaar kreeg deze asielzoeker beperkte opvangvoorzieningen geboden in een AC, maar het recht hierop was niet in algemeen verbindende voorschriften in het Nederlandse recht vastgelegd.

5.2.3 De asielzoeker van wie de aanvraag is afgewezen tijdens de AC-procedure

Een asielzoeker in een AC van wie de asielaanvraag is afgewezen wordt als hoofdregel een vertrektermijn van vier weken gegund¹²² gedurende welke termijn hem opvang wordt geboden (zie paragraaf 4.2). Het instellen van beroep schort de rechtsgevolgen van de afwijzende beschikking in de algemene asielprocedure niet op.

Ook een asielzoeker wiens asielaanvraag binnen de algemene asielprocedure op het Aanmeldcentrum is afgewezen en voor wie een tijdig ingediend verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening om de behandeling van het beroeps- en hoger beroepsschrift in Nederland te mogen afwachten, is toegewezen, heeft recht op opvangvoorzieningen in de zin van de laatste gewijzigde Rva 2005. Hij heeft dit recht omdat hij behoort tot de zogenaamde aan de asielzoeker gelijkgestelde categorieën in de zin van die regeling.¹²³

Het voorgaande betekent dat deze asielzoeker na afloop van de vertrektermijn van vier weken geen opvangvoorzieningen krijgt totdat door de rechter op zijn verzoek om een voorlopige voorziening positief is beslist. Deze situatie zal

120 ABRvS 22 september 2010, JV 2010/413, m. nt. C.H. Slingenberg.

121 Hiermee valt bijvoorbeeld ook de asielzoeker die de toegang aan de grens wordt geweigerd, maar wel de gelegenheid krijgt een asielaanvraag in te dienen, onder het toepassingsbereik van de richtlijn. Hetzelfde geldt voor de groep van asielzoekers die volgens de lidstaat onder de verantwoordelijkheid van een andere lidstaat vallen, de zgn. Dublingevallen.

122 Artikel 62 Vw 2000.

123 Artikel 3, derde lid, onder a Rva 2005.

zich volgens de minister niet (vaak) voordoen omdat het spoedeisend belang, in dit geval het ontberen van opvangvoorzieningen, de voorzieningenrechter zal nopen tot een snelle behandeling van het verzoek.

De situatie vóór de wijziging van 1 juli 2010 hield in dat de asielzoeker van wie de asielaanvraag in de AC-procedure was afgewezen Nederland direct moest verlaten,¹²⁴ geen rechtmatig verblijf had in de zin van artikel 8 Vw 2000 en geen opvang kreeg. Daarnaast had – evenals naar huidig recht het geval is – het beroep tegen de afwijzing in het AC van een verzoek om asiel geen schorsende werking. Om onmiddellijke uitzetting te voorkomen moest er een voorlopige voorziening worden aangevraagd om het beroep in Nederland af te mogen wachten.¹²⁵ De uitkomst van de voorlopige voorzieningsprocedure mocht in beginsel wel weer in Nederland worden afgewacht, maar gaf (evenals in de nieuwe situatie) pas recht op opvangvoorzieningen als de voorlopige voorziening was toegewezen.¹²⁶

De vraag of de asielzoeker die vóór 1 juli 2010 beroep had ingesteld tegen de afwijzing van de asielaanvraag in de AC-procedure en in afwachting was van een beslissing op een verzoek om een voorlopige voorziening, onder het toepassingsbereik van de richtlijn viel, is niet eenduidig te beantwoorden.

Evenals bij de asielzoeker van wie een aanvraag nog niet is afgewezen in het AC, hangt het antwoord op deze vraag af van de vraag of hij ‘als asielzoeker op het grondgebied mag verblijven’ in de zin van artikel 3, eerste lid richtlijn. Zoals in paragraaf 5.2.2 van hoofdstuk III is beschreven, bepaalt de richtlijn niet op welke gronden een asielzoeker op het grondgebied mag verblijven, maar schrijft de Procedurerichtlijn voor dat de asielzoeker hangende een beslissing in eerste aanleg in de lidstaat mag blijven. De beslissing over het al dan niet verlenen van schorsende werking aan het beroep wordt echter overgelaten aan de lidstaten.

De conclusie is dat niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat de asielzoeker van wie de aanvraag was afgewezen tijdens de AC-procedure rechts als asielzoeker op het grondgebied mocht verblijven in de zin van artikel 3 van de richtlijn.

Deze situatie is sinds 1 juli 2010 in die zin veranderd dat de asielzoeker die in de algemene asielprocedure een afwijzing heeft gekregen op zijn asielaanvraag, nu een vertrektermijn van vier weken wordt gegund en gedurende die termijn nog in Nederland mag verblijven. Na de vertrektermijn ontstaat echter weer dezelfde situatie als vóór 1 juli 2010 bestond.

124 Art. 61 lid 1 jo. art. 62 lid 3 Vw (oud).

125 Onderdeel C3/12.2.10.2 Vc 2000 bevatte als hoofdregel dat uitzetting in beginsel achterwege bleef zodra de minister bericht van de rechtbank had ontvangen dat tijdig een verzoek om een voorlopige voorziening was ingediend.

126 Zie Slingenberg & Oliai 2007, p. 92-105, waarin wordt geconcludeerd dat dit systeem mogelijk in strijd is met de vereisten die voortvloeien uit art. 13 EVRM.

5.2.4 De rechtmatig verwijderbare asielzoeker

De verstrekkingen van de asielzoeker in de zin van de Rva 2005 eindigen als de asielzoeker rechtmatig verwijderbaar is vanwege het niet inwilligen van de asiel-aanvraag die recht geeft op opvang; op de dag na de dag waarop de vreemdeling rechtmatig verwijderbaar is geworden.¹²⁷ Deze situatie is na de wijziging van de Rva 2005 van 1 juli 2010 niet veranderd en geldt als juiste omzetting van artikel 3 van de richtlijn.

De asielzoeker die rechtmatig verwijderbaar is geworden, is immers geen asielzoeker meer in de zin van artikel 2 aanhef en onder c van de richtlijn, omdat reeds een definitief besluit op zijn asielverzoek is genomen. Er staat immers geen rechtsmiddel in de zin van de Procedurerichtlijn meer open tegen de afwijzing van het asielverzoek. De vreemdeling valt dus op grond van artikel 3, eerste lid van de opvangrichtlijn niet meer onder het toepassingsbereik van de richtlijn.¹²⁸

Dit betekent dat de in Nederland bestaande situatie dat aan het van rechtswege beëindigen van de opvang niet of nauwelijks een bestuurlijke afweging voorafgaat, en deze beëindiging evenmin aan een rechterlijke toets is onderworpen,¹²⁹ ook niet in strijd is met artikel 21 van de richtlijn dat voorschrijft dat beroep op een rechter tegen een 'negatieve' beslissing over de opvangvoorzieningen mogelijk moet zijn. Dit gebrek aan rechterlijke toetsing van de beslissing tot beëindiging van de opvangvoorzieningen van de asielzoeker is onbevredigend voor de vreemdeling die juist overtuigd is van het feit dat hij (nog steeds) asielzoeker is in de zin van de richtlijn en dus recht heeft op opvangvoorzieningen.

5.2.5 De ongewenst verklaarde asielzoeker

In paragraaf 5.2.2 werd opgemerkt dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State aanneemt dat de nationale wetgever bij de invulling van het begrip 'op het grondgebied mogen verblijven' in artikel 3 van de Opvangrichtlijn,

¹²⁷ Zie artikel 7 lid 1 onder b van de Rva 2005. De Rva 2005 kent geen omschrijving van de woorden rechtmatig verwijderbaar. De Rva 1997 (*Stcrt.* 14 mei 2001, nr. 92, p. 8) kende wel een uitgebreide toelichting op deze bewoordingen. Volgens deze toelichting wordt met die woorden de situatie geduid dat de vreemdeling na afwijzing van zijn asielaanvraag op grond van artikel 45, eerste lid en onder b Vw 2000 Nederland dient te verlaten binnen de in artikel 62 Vw 2000 voorgeschreven vertrektermijn, waarna de vreemdeling uit Nederland kan worden verwijderd. Als de asielzoeker echter beroep instelt dat (in de regel) schorsende werking heeft (artikel 45, derde lid Vw 2000 jo. artikel 82 Vw 2000), is de vreemdeling rechtmatig in Nederland. Indien hij tijdig een verzoek om voorlopige voorziening heeft ingediend ingeval geen sprake is van schorsende werking van het beroep, is de vreemdeling volgens de Rva 1997 rechtmatig verwijderbaar uit Nederland, vier weken na de uitspraak in de voorlopige voorziening procedure.

¹²⁸ Zie ook in die zin ABRvS 4 mei 2006, 200600347/1.

¹²⁹ ABRvS 24 juli 2002, JV 2002/311. Zie ook Groenewegen & Larsson 2003.

een meer strikte invulling mag geven dan aan het begrip 'mogen blijven' zoals deze in artikel 39, derde lid, aanhef en onder b van de Procedurerichtlijn wordt gebruikt. Volgens het laatstgenoemde artikelonderdeel stellen de lidstaten overeenkomstig hun internationale verplichtingen voorschriften vast betreffende de mogelijkheid van een rechtsmiddel of beschermende maatregel wanneer het rechtsmiddel niet het gevolg heeft dat asielzoekers in afwachting van de uitkomst in de betrokken lidstaat mogen blijven. De lidstaten kunnen ook voorzien in een rechtsmiddel van rechtswege.

De casus die tot deze hoger beroepszaak leidde, betrof een ongewenst verklaarde asielzoeker die een asielaanvraag had ingediend waarop nog niet was beslist. Een ongewenst verklaarde asielzoeker heeft, hoewel hij nog in procedure is, naar nationaal recht geen rechtmatig verblijf of recht op opvang in Nederland.¹³⁰ De rechtbank Amsterdam had eerder geoordeeld dat dit nationale recht een onjuiste omzetting is van artikel 39, derde lid, aanhef en onder b van de Procedurerichtlijn en van de artikelen 3 en 13 van de Opvangrichtlijn.¹³¹

De Afdeling komt in de uitspraak in hoger beroep tot de conclusie dat wel sprake is van juiste omzetting van deze bepalingen. De Afdeling overweegt weliswaar dat een ongewenst verklaarde asielzoeker die naar Nederlands recht gedurende de behandeling van het bezwaar of beroep niet kan worden uitgezet op grond van een getroffen voorlopige voorziening, in Nederland mag blijven, en deze situatie een juiste invulling is van artikel 39, derde lid, aanhef en onder b van de Procedurerichtlijn. De Afdeling overweegt echter dat de Nederlandse wetgever aan het begrip 'mogen verblijven' uit de Opvangrichtlijn een meer strikte invulling heeft mogen geven dan aan het begrip 'mogen blijven' in de Procedurerichtlijn, omdat de Opvangrichtlijn zelf niets over de invulling van dat begrip heeft bepaald. Daarom heeft Nederland 'mogen blijven' in de Opvangrichtlijn op kunnen vatten als het hebben van rechtmatig verblijf als bedoeld in artikel 8 Vw 2000.¹³² Omdat de ongewenst verklaarde asielzoeker geen rechtmatig verblijf heeft en omdat het recht op opvang hem mede op grond van artikel 4, tweede lid van de Rva 2005 niet toekomt, heeft hij volgens de Afdeling geen recht op opvangvoorzieningen in Nederland.

Dit oordeel is vanwege meerdere redenen discutabel. De Afdeling meent kennelijk dat het EU-recht de lidstaat bij de invulling van niet gedefinieerde termen in de Opvangrichtlijn vrijheid laat om het nationale recht te laten prevaleren boven andere EU-rechtelijke instrumenten van asielrecht, zoals de Procedure-richtlijn. De Afdeling zou er echter primair voor moeten kiezen de bepalingen

130 Op grond van artikel 67, lid 3, Vw 2000 en artikel 10, lid 1 Vw 2000 jo. artikel 4, lid 2, Rva 2005.

131 Rechtbank Amsterdam, 7 augustus 2009, *JV* 2009/390 m.nt. C.H. Slingenberg. Zie ook de voorzieningenrechter van Rechtbank Amsterdam, 22 april 2008, *JV* 2008/287 m.nt. C.H. Slingenberg, *RV* 2008, nr. 93 m.nt. Franssen. Deze rechter oordeelde dat artikel 4, lid 2, Rva 2005 strijdig is met de Opvangrichtlijn.

132 De regering gaat ook van dit standpunt uit, zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 994, nr. G.

van de genoemde richtlijnen in onderlinge samenhang te interpreteren,¹³³ om vervolgens te oordelen of de omzetting van die bepalingen in het nationale recht volstaat.

Een belangrijk argument voor deze stelling is dat beide EU-richtlijnen dezelfde rechtsbasis delen in het Verdrag ter Werking van de EU (VWEU) en onderdeel zijn van het ‘gemeenschappelijk Europees asielstelsel’. Verder streven beide richtlijnen zelfde doelstellingen na zoals het beperken van secundaire stromen van asielzoekers tussen de lidstaten. Het belang van de Procedurerichtlijn voor de invulling van niet nader gedefinieerde bepalingen van de Opvangrichtlijn wordt ook benadrukt door het Britse Supreme Court:¹³⁴

‘It is in any event clear that the purpose of both Directives (and, incidentally the Qualification Directive and the Dublin Regulation) is the same. Apart from mirroring the definitions contained in Article 2 of the Reception Directive, the critical recitals in the Procedures Directive bear a striking resemblance to those in the Reception Directive’.

Het is bovendien maar de vraag of Nederland de term ‘mogen verblijven’ (ook los van de Procedurerichtlijn) in de Opvangrichtlijn wel zo mag invullen dat een asielzoeker ten tijde van zijn asielprocedure het recht op opvangvoorzieningen wordt onthouden als hij ongewenst wordt verklaard. De Opvangrichtlijn heeft immers als primaire doelstelling om asielzoekers het recht op opvangvoorzieningen te bieden totdat definitief op de asielaanvraag is beslist. Alleen artikel 16 van de Opvangrichtlijn biedt gronden voor het weigeren, intrekken of het beperken van opvangvoorzieningen, maar die bepaling noemt ongewenstverklaring niet als grond. Als een nationale rechter wordt gevraagd te oordelen over de uitleg van EU-recht, dient deze rechter ingeval hij daartoe de bevoegdheid heeft prejudiciële vragen te stellen en niet op eigen houtje vast te stellen hoe het EU-recht dient te worden uitgelegd.

Het is daarnaast opmerkelijk dat de Afdeling in de beschreven uitspraak niet consistent is ten opzichte van eerdere rechtspraak. Zo heeft de Afdeling in haar oordeel van 25 februari 2009¹³⁵ het begrip ‘definitief besluit’ uit de Opvangrichtlijn wel aan de hand van de definitie van het begrip ‘definitieve beslissing’ uit artikel 2, aanhef en onder d van de Procedurerichtlijn uitgelegd. De Afdeling kwam tot deze uitleg omdat ook dit begrip niet nader werd omschreven in de Opvangrichtlijn. De conclusie die de Afdeling in laatst genoemde uitspraak trok, was dat de nationale rechtsmiddelen tegen het bestreden besluit over de afwij-

133 Zie over deze samenhang ook Battjes 2006. p. 195-217.

134 *R (on the application of ZO (Somalia) and others) (Respondents) v Secretary of State for the Home Department (Appellant)*, 28 juli 2010, [2010] UKSC 36, r.o. 27.

135 Zie r.o. 2.2 en ABRvS 25 februari 2009, JV 2009/173, m.nt. Larsson; RV 2009, nr. 85 m.nt. C.H. Slingenberg; NAV 2009/19 m.nt. F.T. Groenewegen en AB 2009/266 m.nt. C.H. Slingenberg.

zing van het asielverzoek waren uitgeput, zodat sprake was van een 'definitieve beslissing' in de zin van artikel 2, aanhef en onder d van de Procedurerichtlijn. Op grond van deze voorwaarde nam de Afdeling ook aan dat sprake was van een definitief besluit in de zin van artikel 2, aanhef en onder c, van de Opvangrichtlijn, zodat de vreemdeling niet (meer) onder de werkingssfeer van die richtlijn viel.

5.2.6 De asielzoeker met een 'interim measure' van het EHRM

De Rva 2005 stelt sommige vreemdelingen die niet onder de definitie van asielzoeker van artikel 1, onder d, van die regeling vallen, in bepaalde gevallen gelijk aan een asielzoeker. Deze gelijkstelling geldt bijvoorbeeld voor de vreemdeling voor wie door de President van het EHRM een 'interim measure' is getroffen. Een *interim measure* houdt – kort gezegd – in dat het EHRM een staat naar aanleiding van een klachtprocedure bij het Hof verzoekt om de vreemdeling niet uit te zetten, zolang zijn zaak bij het EHRM aanhangig is. Deze vreemdeling heeft de nationale rechtsmiddelen tegen de afwijzing van zijn asielverzoek uitgeput en er staat voor hem dan ook geen rechtsmiddel meer open in het kader van hoofdstuk V van de Procedurerichtlijn. Dat betekent dat reeds een definitief besluit in de zin van de Opvangrichtlijn is genomen over het asielverzoek en dat hij daarom niet onder het toepassingsbereik van artikel 3 van deze richtlijn valt.

Omdat deze vreemdeling geen asielzoeker is als bedoeld in artikel 1, onder d, van de Rva 2005 kreeg de vreemdeling met een *interim measure* ingevolge deze regeling geen recht op opvang. Sinds de wijziging van de Rva 2005 van 15 februari 2009¹³⁶ wordt deze vreemdeling nu wel recht op opvang geboden, omdat deze regeling de vreemdeling met een *interim measure* van het EHRM aan een asielzoeker gelijk stelt.¹³⁷ De toelichting bij de wijziging benadrukt dat slechts een door de president van het EHRM getroffen *interim measure* zou kunnen leiden tot aanspraak op opvang in een opvangvoorziening. *Interim measures* getroffen door andere – al dan niet rechtsprekende – instellingen krijgen dat recht niet. Voor dit door de minister gemaakte onderscheid bestaat geen rechtvaardiging,¹³⁸ maar de Opvangrichtlijn verzet zich om voornoemde redenen niet tegen deze uitsluiting.

5.2.7 De asielaanvraag door middel van een 14-1 brief

Een aparte groep asielzoekers wordt gevormd door asielzoekers met een 14-1 aanvraag. Deze aanvraag wordt zo genoemd naar aanleiding van de toezegging op 14 januari 2003 van de toenmalig Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie Nawijn om verzoeken voor een verblijfsvergunning van afgewezen asiel-

¹³⁶ *Stcrt.* 2009, nr. 53.

¹³⁷ Artikel 3, aanhef en onder l van de Rva 2005.

¹³⁸ Zie hierover ABRvS 25 februari 2009, JV 2009/173, m.nt. F.F. Larsson.

zoekers te bestuderen en te oordelen of zij alsnog op grond van een 'schrijnende' situatie voor een verblijfsvergunning in aanmerking konden komen. Deze schrijnende situatie kon bestaan uit diverse asielgerelateerde en reguliere omstandigheden die ieder voor zich meestal niet konden leiden tot een in de Vw 2000 beschreven verblijfsvergunning asiel of regulier. De bevoegdheid tot het verlenen van de 14-1 reguliere verblijfsvergunning werd gebaseerd op artikel 3.4, derde lid, van het Vreemdelingenbesluit 2000.

Na de toezegging van de minister werden per brief verzoeken gedaan om op grond van deze bevoegdheid een verblijfsvergunning te krijgen. Deze wijze van aanvragen biedt ingevolge artikel 2, zesde lid, van de Rva 2005 geen recht op opvang, omdat deze asielzoeker volgens de toelichting bij dit artikelonderdeel van de Rva 2005 verplicht is een (volgend) asielverzoek in AC Ter Apel in te dienen. De asielzoekers die een 14-1 aanvraag per brief indienden (zo'n 19.000 in getal) werden en worden ook niet in de Rva 2005 aan een asielzoeker gelijkgesteld.

Voor het toepassingsbereik van de richtlijn is van belang dat de aanvraag van een 14-1 verblijfsvergunning in een AC wel een asielverzoek is van een asielzoeker in de zin van artikel 3, eerste lid van de richtlijn: deze vreemdeling valt onder het toepassingsbereik van de richtlijn. De uitsluiting van opvang voor deze asielzoekers met een tweede asielaanvraag is echter volgens de Afdeling een juiste invulling van de mogelijkheid tot het onthouden van opvang als bedoeld in artikel 16, eerste lid, onder a, derde onderdeel, van de richtlijn.¹³⁹

Het indienen van een tweede of volgend verzoek om asiel *door middel van een 14-1 brief* voldoet echter niet aan de Nederlandse wettelijke vereisten voor het indienen van een asielaanvraag. De 14-1 brief is om deze reden geen 'ingediend asielverzoek' in de zin van artikel 3, eerste lid, richtlijn, waardoor de vreemdeling niet onder het toepassingsbereik van de richtlijn valt. Op dit oordeel wordt verder ingegaan onder 5.3.2.4 (tweede of volgende asielaanvraag in dezelfde lidstaat).

- 5.2.8 De uitsluiting en insluiting van bepaalde categorieën asielzoekers in de Rva 2005: omzetting van artikel 3, tweede tot en met vierde lid van de richtlijn

5.2.8.1 *Diplomatiek of territoriaal asiel*

Hiervoor werd beschreven welke asielzoeker volgens de Rva 2005 geen recht op opvang heeft en hoe zich dit verhoudt tot de doelgroep van de richtlijn. De richtlijn sluit echter ook bepaalde groepen uitdrukkelijk uit. Op grond van artikel 3, tweede lid van de richtlijn is deze niet van toepassing op verzoeken om diplo-

¹³⁹ Zie ook ABRvS 20 augustus 2007, JV 2007/466 m.nt. C.H. Slingenberg; RV 2007, nr. 91 m.nt. F.F. Larsson.

matiek of territoriaal asiel die bij vertegenwoordigingen van de lidstaten worden ingediend.¹⁴⁰

Als de vreemdeling zich in een derde land bij de Nederlandse ambassade meldt en asiel vraagt, wordt verwezen naar de autoriteiten van dat derde land. Als de vreemdeling zich niet kan wenden tot de autoriteiten van dat land, wordt naar de UNHCR verwezen. Als de vreemdeling onder het mandaat van de UNHCR valt, kan deze organisatie indien nodig voor hervestiging in een ander land zorgen. Draagt Nederland zorg voor deze hervestiging, dan kan de uitgenodigde vluchteling aanspraak maken op opvangvoorzieningen, ook als hem binnen de procedure op het aanmeldcentrum een verblijfsvergunning wordt verleend.¹⁴¹ Volgens de toelichting bij de Rva 2005 kan dit artikelonderdeel analoog worden toegepast op de uitgenodigde vluchteling die niet op voordracht van de UNHCR naar Nederland komen, maar op voordracht van de Minister van Buitenlandse Zaken.

5.2.8.2 Tijdelijke beschermingsrichtlijn

De richtlijn is ook niet van toepassing¹⁴² als de bepalingen van de Tijdelijke beschermingsrichtlijn¹⁴³ worden toegepast. Deze richtlijn kwam eerder tot stand dan de Opvangrichtlijn, en biedt een apart regime voor de opvang van vreemdelingen die onder de werking van die richtlijn vallen. Artikel 13, bijvoorbeeld, verplicht de lidstaten tot het bieden van 'een fatsoenlijk onderkomen', hulp inzake sociale bijstand en levensonderhoud, en medische zorg. Als de regels van de Tijdelijke beschermingsrichtlijn op de vreemdeling worden toegepast, is de Opvangrichtlijn niet van toepassing.

Naar aanleiding van de wijziging van de Vreemdelingenwet 2000¹⁴⁴ ter implementatie van de Tijdelijke beschermingsrichtlijn is in de Rva 2005 een aantal wijzigingen doorgevoerd. Zo heeft de vreemdeling die tijdelijke bescherming geniet op grond van die richtlijn, zoals deze is geïmplementeerd in artikel 45, zesde lid, van de Vreemdelingenwet 2000, recht op opvangvoorzieningen.¹⁴⁵ De aanspraak op opvangvoorzieningen ontstaat nadat op een aanmeldcentrum is vastgesteld dat de vreemdeling onder de werking van de Tijdelijke beschermingsrichtlijn valt.

5.2.8.3 Andere vormen van bescherming dan door het Verdrag van Genève

De lidstaten kunnen besluiten de richtlijn toe te passen op procedures waarin wordt beslist over verzoeken om andere vormen van bescherming dan die welke

140 Onderdeel C 10/3.3 Vc 2000 hanteert voor deze omstandigheid een speciale procedure.

141 Artikel 3, derde lid, onder k, Rva 2005.

142 Artikel 3, lid 3 richtlijn.

143 Richtlijn 2001/55/EG van de Raad van 20 juli 2001 (*PbEU* 2001, L 212).

144 *Kamerstukken II* 2002/03, 29 031.

145 Artikel 3, derde lid, aanhef en onderdeel i, Rva 2005.

uit het Verdrag van Genève voortvloeit ten gunste van onderdanen van derde landen of staatlozen die niet als vluchteling worden aangemerkt.¹⁴⁶

Nederland kent in tegenstelling tot veel andere lidstaten slechts één asielprocedure. Ieder verzoek om internationale bescherming is een asielaanvraag als bedoeld in artikel 28 Vw 2000. Voorwaarde is dat de aanvraag is gebaseerd op één van de in artikel 29, eerste lid, onder a tot en met f, Vw 2000, genoemde gronden. Deze onderdelen bevatten naast de categorie verdragsvluchteling, andere refoulementverboden, klemmende redenen van humanitaire aard, categoriale bescherming en afgeleide verleningsgronden voor familieleden van vreemdelingen die op basis van één van de andere verleningsgronden een verblijfsvergunning asiel hebben gekregen. In Nederland is de richtlijn dus van toepassing op procedures waarin wordt beslist over verzoeken om andere vormen van bescherming dan die welke uit het Verdrag van Genève voortvloeien ten gunste van onderdanen van derde landen of staatlozen die niet als vluchteling worden aangemerkt, als bedoeld in dit onderdeel van de richtlijn.

5.2.8.4 Gunstiger bepalingen over opvangvoorzieningen: artikel 4 van de richtlijn

Artikel 4 van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten gunstiger bepalingen inzake opvangvoorzieningen kunnen vaststellen of handhaven, voor asielzoekers en voor andere in dezelfde lidstaat aanwezige nauwe verwanten van de asielzoeker indien deze van hem afhankelijk zijn, of om humanitaire redenen voor zover die bepalingen verenigbaar zijn met deze richtlijn. Deze bepaling dient te worden gelezen in samenhang met artikel 5 van het VEU dat voorschrijft dat de EU slechts optreedt indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt. Bovendien mag het optreden van de EU niet verder gaan dan nodig is om de doelstelling te verwezenlijken. Deze doelstelling blijkt ook uit artikel 78, tweede lid, onder f, van het VWEU dat het opstellen van 'minimumnormen' voorschrijft. De Opvangrichtlijn bevat deze normen. Maar het Verdrag van Amsterdam sluit volgens het voorstel van de Commissie niet uit dat de lidstaten *gunstiger* regelgeving invoeren die in overeenstemming zijn met de minimumnormen die bij deze richtlijn worden vastgesteld. Dit uitgangspunt is verwoord in preambule 15.

Het lijkt aannemelijk dat Nederland door middel van artikel 3, derde lid, van de Rva 2005 gebruik maakt van de mogelijkheid van artikel 4 van de richtlijn om gunstiger bepalingen vast te stellen: enkele groepen vreemdelingen die niet als asielzoeker in de zin van de richtlijn zijn aan te merken worden aan asielzoekers gelijkgesteld: de zgn. 'Gelijkgestelde categorieën'. Deze groepen krijgen daarmee onder de Rva 2005 dezelfde rechten en plichten als de asielzoeker in de zin van de richtlijn. Voorbeeld is de vreemdeling die een aanvraag indient voor een verblijfsvergunning als bedoeld in artikel 14 Vw 2000, in verband met gezinshereniging met een asielzoeker die onder de Rva 2005 valt.

¹⁴⁶ Artikel 3, lid 4 richtlijn.

5.3 Beslissingen tot beperking, intrekking of weigering van materiële opvangvoorzieningen: artikel 16 van de richtlijn

5.3.1 *Materiële opvangvoorzieningen*

Artikel 16 van de richtlijn staat de lidstaten op bepaalde gronden toe de opvangvoorzieningen van asielzoekers te beperken, in te trekken of te weigeren. Een bespreking van deze bepaling is te vinden in hoofdstuk 3, paragraaf 5.2.3.

In dit boek worden niet alle soorten besluiten over opvang van asielzoekers beschreven. Alleen de opvangbeslissingen die *materiële* opvangvoorzieningen als inhoud hebben, worden onderzocht. Deze in artikel 2 onder j van de richtlijn genoemde materiële opvangvoorzieningen zijn huisvesting, voedsel, kleding en een dagvergoeding.¹⁴⁷ Dit onderdeel is volgens de toelichting bij de Rva 2005 omgezet in artikel 9, eerste lid van de Rva 2005.¹⁴⁸ Deze bepaling van de Rva 2005 schrijft voor dat de opvang in een opvangvoorziening in elk geval de volgende verstrekkingen omvat: onderdak, een wekelijkse financiële toelage ten behoeve van voedsel, kleding en andere persoonlijke uitgaven, een eenmalige bijdrage aan kleedgeld, recreatieve en educatieve activiteiten, de dekking van de kosten van medische verstrekkingen op grond van een daartoe te treffen ziektekostenregeling, een verzekering tegen de financiële gevolgen van wettelijke aansprakelijkheid, en betaling van buitengewone kosten.¹⁴⁹ Deze opvangvoorzieningen moeten ingevolge artikel 13, eerste lid van de richtlijn beschikbaar zijn wanneer een asielzoeker een asielverzoek indient.¹⁵⁰ Het nationale recht bepaalt in beginsel vanaf welk moment en op welke wijze een asielaanvraag is ingediend. In paragraaf 5.2.2 van hoofdstuk 3 is vastgesteld dat lidstaten asielzoekers niet, of niet langer dan zo kort mogelijk, kunnen uitsluiten van de werkingssfeer van de Opvangrichtlijn.

Artikel 13, tweede lid van de richtlijn ten slotte bepaalt dat de lidstaten zorgen voor materiële opvangvoorzieningen voor asielzoekers met het oog op een levensstandaard die voldoende is om hun gezondheid te verzekeren en bestaansmiddelen te waarborgen. Dit onderdeel is volgens de toelichting bij de Rva 2005 omgezet in de artikelen 9 lid 1, 14 en 15 van deze regeling.

147 Zie voor een nadere omschrijving van deze voorzieningen artikelen 13 en 14 richtlijn.

148 In hoofdstuk 3 is aangegeven dat niet wordt ingegaan op de materiële opvangvoorzieningen van asielzoekers in vreemdelingenbewaring en alleenstaande minderjarige vreemdelingen.

149 Hoofdstuk IV van de Rva 2005 omschrijft deze rechten in de diverse bepalingen van dat hoofdstuk.

150 Volgens de toelichting bij de Rva 2005 is deze bepaling uit de richtlijn geïmplementeerd in artikel 3, eerste lid en tweede lid, artikel 9, eerste lid, artikel 14 en artikel 15, van de Rva 2005.

5.3.2 *De gronden voor het beperken of het intrekken van materiële opvangvoorzieningen*

Artikel 16, eerste lid, onder a, geeft drie mogelijkheden tot beperken of intrekken. Dit kan indien een asielzoeker: 1) de door de bevoegde instanties vastgestelde verblijfplaats verlaat zonder deze instanties op de hoogte te stellen of, indien toestemming vereist is, zonder toestemming, of 2) gedurende een in het nationale recht vastgestelde redelijke termijn niet voldoet aan de meldingsplicht of aan verzoeken om informatie te verstrekken of te verschijnen voor een persoonlijk onderhoud betreffende de asielprocedure, dan wel 3) reeds een asielverzoek ingediend heeft in dezelfde lidstaat.

Wanneer de asielzoeker wordt opgespoord of zich vrijwillig bij de betrokken instantie meldt, wordt een met redenen omklede, op de redenen voor de verdwijning gebaseerde beslissing genomen inzake het opnieuw verstrekken van sommige of alle opvangvoorzieningen.

5.3.2.1 *Overplaatsing*

Het COA is naar nationaal recht bevoegd een asielzoeker naar een andere voorziening over te plaatsen¹⁵¹ en bepaalt in welke opvangvoorziening een asielzoeker wordt geplaatst. De Rva 2005 bevat bepalingen die volgens de toelichting en bijlage van de Rva 2005 gelden als omzetting van de eerste twee hierboven genoemde onderdelen van artikel 16, lid 1, onder a, van de richtlijn.¹⁵²

Ingevolge de bedoelde Rva-bepalingen eindigt de opvang als een asielzoeker niet binnen 48 uur na overplaatsing in een opvangvoorziening arriveert,¹⁵³ maar een uitzondering op deze regel is volgens de toelichting van de minister bij de Rva 2005 denkbaar.¹⁵⁴ De verstrekkingen van de Rva 2005 kunnen in het geval van een weigering van overplaatsing overigens ook door het COA voor bepaalde tijd worden onthouden.¹⁵⁵

Artikel 16, eerste lid, onder a, eerste en tweede onderdeel, van de richtlijn geeft echter geen mogelijkheid tot het onthouden van opvangvoorzieningen bij

151 Artikel 11, lid 1 Rva 2005. De toelichting bij de Rva 2005 stelt dat een dergelijk plaatsingsbesluit een besluit is in de zin van artikel 1:3 Awb waartegen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.

152 Deze artikelen van de Rva 2005 zijn artikel 7, lid 1, onder i; artikel 7, lid 1, onder j; artikel 10, aanhef en onder c; artikel 19, aanhef en onder e; artikel 11, lid 1 en artikel 13.

153 Artikel 7, lid 1, onder i, Rva 2005 ziet op de overplaatsing van opvangvoorziening naar opvangvoorziening. Zie ook artikel 2, vijfde lid dat ziet op plaatsing vanuit het aanmeldcentrum in een opvangvoorziening van het COA.

154 Bijvoorbeeld als het de betrokken asielzoeker niet valt te verwijten dat registratie van zijn aankomst nog niet heeft plaatsgevonden als gevolg van een administratieve vertraging.

155 Zie voor een procedure tegen een maatregel op grond van de ROV: de voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage zp Utrecht, 28 mei 2002, JV 2002/283.

het weigeren van overplaatsing, maar sanctioneert alleen het niet voldoen aan de meldplicht of het zonder toestemming verlaten van de verblijfplaats.

De minister legt, gelet op de toelichting bij de Rva 2005, ook een verband tussen de mogelijkheid van (over)plaatsing ingevolge deze regeling, en artikel 14, vierde lid, van de richtlijn dat de lidstaten verplicht erop toe te zien dat asielzoekers alleen worden overgeplaatst wanneer dit noodzakelijk is. De minister meent dat in de Rva 2005 is voldaan aan de omzetting van dat onderdeel van de richtlijn.

Ik volg deze mening van de minister niet, omdat deze eis van noodzakelijkheid voor overplaatsing niet in de Rva 2005 is beschreven.¹⁵⁶ Deze eis is nu juist in de richtlijn opgenomen omdat een overplaatsing ingrijpt in de persoonlijke levenssfeer van de asielzoeker. De Commissie geeft in haar voorstel voor de richtlijn nadrukkelijk aan dat de gevolgen van overplaatsing onaangenaam kunnen zijn voor een asielzoeker. Om deze reden heette het in de oorspronkelijke tekst van de richtlijn dat overplaatsing slechts aan de orde is als dit vanwege veiligheidsredenen of de behandeling van het asielverzoek noodzakelijk is.

5.3.2.2 Meldplicht

Het recht op opvang eindigt naar Nederlands recht tevens als een asielzoeker twee opeenvolgende malen niet heeft voldaan aan de meldplicht bij de Vreemdelingenpolitie.¹⁵⁷ Deze situatie doet zich volgens de toelichting van de minister bij de Rva 2005 veelal voor bij asielzoekers die de procedure nog niet hebben afgerond en die uit eigen beweging de opvang verlaten. Voor de bedrijfsvoering van het COA is het volgens de toelichting noodzakelijk dat deze personen uitgeschreven worden uit de administratie. De voorzieningen worden overigens niet beëindigd in het geval aan de betrokken asielzoeker ontheffing is verleend van zijn meldplicht.

De verstrekkingen kunnen tevens geheel of gedeeltelijk worden ingetrokken als de asielzoeker de plichten van artikel 19 van de Rva 2005 niet naleeft.¹⁵⁸ Deze bepaling verplicht de asielzoeker onder meer zich wekelijks te melden bij het COA om te kunnen vaststellen of hij nog in de opvangvoorzieningen verblijft en aanspraak maakt op opvangvoorzieningen.¹⁵⁹ De minister stelt in zijn toelichting bij de Rva 2005 dat deze grond het COA de mogelijkheid biedt om het niet voldoen aan de meldplicht te sanctioneren.¹⁶⁰ Het COA hanteert voor dit doel de interne instructie Reglement Onthoudingen Verstrekkingen (ROV). Deze dient als leidraad bij het opleggen van sancties op het overtreden van de meldplicht,

¹⁵⁶ Zo ook Franssen, Larsson & Slingenberg, 2007.

¹⁵⁷ Artikel 7, lid 1, onder j, Rva 2005.

¹⁵⁸ Artikel 10, aanhef en onder c, Rva 2005.

¹⁵⁹ Artikel 19, aanhef en onder e, Rva 2005.

¹⁶⁰ Zie p. 16 van de toelichting op de Rva 2005, *Stcrt.* 2005, nr. 24.

maar ook bij het overtreden van andere voorschriften (zie verder over dit reglement paragraaf 5.3.4).

5.3.2.3 *Geen gebruik van het geboden onderdak*

De minister geeft in de bijlage bij de Rva 2005 aan dat ook artikel 13 als omzetting dient van artikel 16, eerste lid, onder a richtlijn. Op grond van artikel 13, eerste lid van de Rva 2005 vinden naast onderdak ook de overige verstrekkingen die artikel 9 van deze regeling noemt niet plaats als de asielzoeker elders wil wonen en in het geheel geen gebruik maakt van het onderdak. De bewoners van een opvangvoorziening zijn niet verplicht gebruik te maken van de geboden opvang, maar als de bewoner elders onderdak kiest, heeft hij geen recht meer op de verstrekkingen bedoeld in artikel 9, onderdeel b tot en met g van de Rva 2005. Als de asielzoeker toch weer onderdak wil in een opvangvoorziening en hij nog voor opvang in het kader van de Rva 2005 in aanmerking komt, worden de verstrekkingen weer geboden. Artikel 13, vijfde lid, van de richtlijn, geeft de lidstaten deze mogelijkheid door te bepalen dat de materiële opvangvoorzieningen in natura of door uitkeringen of tegoedbonnen kunnen worden geboden. Artikel 16, eerste lid, onder a, eerste en tweede onderdeel, van de richtlijn geeft de lidstaat bovendien de mogelijkheid de opvangvoorzieningen beperken of intrekken als de asielzoeker zich niet meldt op de aangewezen opvangplaats of als hij deze plaats zonder toestemming verlaat.

5.3.2.4 *Tweede of volgende asielaanvraag in dezelfde lidstaat*

Volgens de toelichting bij de Rva 2005 is het derde onderdeel artikel 16, eerste lid, onder a richtlijn dat de lidstaat de mogelijkheid biedt opvangvoorzieningen van een asielzoeker die reeds een asielverzoek heeft ingediend in dezelfde lidstaat, omgezet in artikel 4, tweede lid van de Rva 2005 (oud), dat sinds 1998 bepaalde dat het indienen van een tweede of volgende asielaanvraag in beginsel geen recht gaf op opvang.¹⁶¹ Deze regel leidde tot veel procedures en rechtspraak¹⁶² en in 2006 is het artikel onderdeel bij wijziging van de Rva 2005 geschrapt.¹⁶³

De wijziging van 2006 leidde ertoe dat een asielzoeker ook bij het indienen van een tweede aanvraag recht had op Rva-verstrekkingen maar als belangrijke beperkende voorwaarde voor het verkrijgen van dat recht gold dat de asielaanvraag niet binnen 48 uren was afgewezen in een aanmeldcentrum (AC).¹⁶⁴ De

161 Dit werd aangekondigd in een brief van de staatssecretaris van Justitie, *Kamerstukken II* 1998/99, 19 637 nr. 367. Bij wijziging van de Rva 1997, *Stcrt.* 1998, nr. 194, p. 7, werd dit beleidsvoornemen in regelgeving omgezet. Over de toepassing van deze Rva-bepaling is veel geprocedeerd.

162 Zie bijvoorbeeld de jurisprudentieoverzichten over het onthouden van opvang aan Dublinclaimanten en aan asielzoekers met een tweede of volgend asielverzoek: Larson 1999, p. 334 t/m p. 337 en De Poorte, p. 224 t/m p. 231.

163 *Stcrt.* 12 september 2006, nr. 177, p. 7.

164 Artikel 1, onder d, Rva 2005 (oud).

aanvraag werd in dat centrum niet afgewezen als de aanvraag van de asielzoeker voldoende aanknopingspunten bood om te mogen veronderstellen dat een verblijfsvergunning op asielgronden zou worden verleend.

De toelichting bij de wijziging meldde de reden voor de verandering van het recht op dit punt:

‘Mede naar aanleiding van de precaire situatie waarin vervolgaanvragers kwamen te verkeren en de door de Tweede Kamer en gemeenten geuite wens daar verandering in te brengen, alsmede met het oog op de wens dat asielzoekers zich tijdens de procedure bewust blijven van de verplichtingen die de uitkomst van een asielprocedure met zich brengt, heeft het Kabinet besloten om aan de indieners van een tweede of volgende asielaanvraag, die na toetsing in het Aanmeldcentrum niet in het Aanmeldcentrum wordt afgewezen, recht op opvang te verlenen.’

Sinds de wijziging van de Vw 2000 en van de Rva 2005 op 1 juli 2010 is de situatie voor deze categorie asielzoekers als volgt. De rust- en voorbereidingstermijn is niet van toepassing op de asielzoeker die een herhaalde asielaanvraag heeft ingediend.¹⁶⁵ Tijdens deze termijn maakt de vreemdeling die al eerder een asielaanvraag heeft ingediend dus geen aanspraak op verstrekkingen. Pas als de daadwerkelijke asielaanvraag is ingediend en de algemene asielprocedure start, ontstaat het recht op opvangvoorzieningen voor deze asielzoeker.¹⁶⁶

Als deze asielaanvraag in de algemene asielprocedure is afgewezen wordt een vertrektermijn van nul dagen gegund op grond van artikel 62, derde lid, onder c, van de Vw 2000. De toelichting bij de wijziging van de Vw 2000 stelt:

‘Het handhaven van een vertrektermijn van nul dagen bij afwijzing van de tweede of volgende asielaanvraag in het aanmeldcentrum achten wij temeer redelijk, gelet op de verruiming van de ex nunc-toetsing in beroep. Ook misbruik dan wel oneigenlijk gebruik van de opvang door het indienen van een tweede of volgende asielaanvraag kan hierdoor worden tegengegaan.’

Deze asielzoeker heeft dus alleen het recht op voorzieningen op grond van de Rva 2005 vanaf het moment dat hij zijn asielaanvraag in het AC heeft ingediend tot de afwijzing van de asielaanvraag in dit centrum.

Nederland maakt dus gebruik van de mogelijkheid van artikel 16, eerste lid, derde onderdeel van de richtlijn om een asielzoeker met een volgend asielverzoek tijdens de rust- en voorbereidingstijd uit te sluiten van opvangvoorzieningen. Eerder sloot Nederland deze categorie asielzoekers in alle fasen van de asielprocedure uit van opvangvoorzieningen. De Afdeling oordeelt dat het de minister gelet op artikel 16, richtlijn, vrij stond (en staat) in de nationale regelge-

¹⁶⁵ Zie artikel 8, onder m, Vw 2000 jo. artikel 3.109, zesde lid, onder c, Vb 2000.

¹⁶⁶ Op grond van artikel 1, onder d, van de Rva 2005.

ving indieners van een tweede of volgende asielaanvraag van opvang uit te sluiten.¹⁶⁷

In een procedure bij het EHRM werd erover geklaagd dat het op grond van de Nederlandse wet- en regelgeving niet bieden van het recht op opvang aan de vreemdeling die een tweede of volgende asielaanvraag heeft ingediend, mogelijk een schending van de artikelen 2 en 3 EVRM oplevert. Het Hof¹⁶⁸ sprak echter niet-ontvankelijkheid uit omdat niet alle nationale rechtsmiddelen waren uitgeput.

14-1 aanvraag

In het kader van de omzetting van het derde onderdeel artikel 16, eerste lid, onder a richtlijn, wordt de 14-1 aanvraag hier nogmaals aan de orde gesteld. In paragraaf 5.2.7 is vastgesteld dat een 14-1 aanvraag per brief niet valt onder het toepassingsbereik van artikel 3 van de richtlijn, omdat deze wijze van indienen geen asielaanvraag is in de zin van de richtlijn. De Rva 2005 biedt dus wel verstrekkingen aan een asielzoeker die een tweede of volgende asielaanvraag heeft ingediend in het AC, maar wordt deze aanvraag door middel van een 14-1 brief ingediend, krijgt hij op grond van die aanvraag geen recht op opvang.¹⁶⁹ De Afdeling beslist dat geen sprake is van een onrechtmatig onderscheid en oordeelt dat de richtlijn ruimte biedt voor dit onderscheid. Ook levert deze situatie volgens de Afdeling geen schending op van het non-discriminatiebeginsel als neergelegd in artikel 1 van de Grondwet dan wel artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. De Afdeling overweegt dat een voldoende objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat voor het gemaakte onderscheid.¹⁷⁰ De Afdeling motiveert deze aanname door – onder verwijzing naar de toelichting bij het wijzigingsbesluit bij de Rva 2005 – te overwegen dat een (volgende) asielaanvraag door middel van een 14-1 aanvraag onvoldoende aanknopingspunten biedt voor het mogelijk verlenen van een asielvergunning, en dus niet in de asielprocedure moet worden behandeld.

Deze uitspraak legt zonder het oordeel te motiveren een wel zeer bijzondere nadruk op de veronderstelde kansloosheid van een dergelijke asielaanvraag. Uit de voornoemde toelichting kunnen echter ook argumenten worden gehaald die pleiten voor de aanname dat juist van een asielaanvraag zou moeten worden uitgegaan. Zo veronderstelt de toelichting dat een 14-1 aanvraag mogelijk kan

167 ABRvS 20 augustus 2007, JV 2007/466 m.nt. C.H. Slingenberg; RV 2007, nr. 91 m.nt. F.F. Larsson.

168 EHRM 29 juni 2004, JV 2004/372 m.nt T.P. Spijkerboer (*Kandomabadi/Nederland*). Zie ook <http://www.collet.nu/informatie/EHRMzaak.htm>, voor een uiteenzetting van het beleid van de Nederlandse regering inzake onthouden opvang bij een tweede of volgende asielaanvraag.

169 Artikel 2 lid 6 Rva 2005.

170 ABRvS 20 augustus 2007, JV 2007/466 m.nt. C.H. Slingenberg; RV 2007, nr. 91 m.nt. F.F. Larsson.

leiden tot en asielvergunning en wordt de noodzaak van het in beeld houden van de asielzoeker in de opvang benadrukt in verband met de noodzaak van terugkeer.

5.3.2.5 *Verborgen houden financiële middelen (artikel 16, eerste lid, onder b, richtlijn)*

De lidstaten kunnen ingevolge artikel 16, eerste lid, onder b, van de richtlijn beslissen om de opvangvoorzieningen te beperken of in te trekken als een asielzoeker financiële middelen verborgen heeft gehouden en daardoor ten onrechte aanspraak heeft gemaakt op de bij de richtlijn vastgestelde materiële en financiële opvangvoorzieningen. Als komt vast te staan dat een asielzoeker over voldoende middelen beschikte om in die basisbehoeften te voorzien toen de materiële opvangvoorzieningen werden verstrekt, mogen de lidstaten hem vragen deze voorzieningen te vergoeden.

Volgens de bijlage en toelichting bij de Rva 2005 is dit onderdeel van artikel 16 van de richtlijn in een aantal hierna te behandelen bepalingen van de Rva 2005 omgezet.¹⁷¹

Onjuiste gegevens

Zo eindigt het recht op opvang ingevolge artikel 7, lid 1, onder k van deze regeling als 'een asielzoeker onjuiste gegevens heeft verstrekt dan wel gegevens heeft achtergehouden, met het oogmerk om aldus voor zichzelf of voor degenen voor wie hij zorgt, ten onrechte een aanspraak te doen ontstaan op de verstrekkingen bedoeld in artikel 9 van deze regeling, dan wel ten onrechte de hoogte van de verstrekkingen te doen stijgen'.¹⁷²

De bedoelde informatie behoeft zich volgens de toelichting bij de Rva 2005 niet te beperken tot informatie die nodig is in het kader van het 'afdwingen' van (een aanspraak op) de verstrekkingen als bedoeld is in artikel 9, maar is ruimer. De informatie kan ook betrekking hebben op gegevens die op enige wijze verband houden met de toelatingsprocedure of het afdwingen van verblijf in Nederland.

De in artikel 7, eerste lid, onderdeel k, opgenomen beëindigingsgrond vormt volgens de toelichting bij de Rva 2005 een aanvulling op de in het Reglement Onthoudingen Voorzieningen (ROV) genoemde mogelijkheid om ingeval van frauderende asielzoekers de voorzieningen tijdelijk geheel of gedeeltelijk te onthouden (zie over dit reglement paragraaf 5.3.4), en zou vooral van toepassing zijn in ernstige gevallen van het verstrekken van 'leugenachtige' gegevens dan wel het onthouden van inlichtingen.

171 Door middel van artikel 7, lid 1, onder k; artikel 10 onder a en b; en artikel 21 van de richtlijn.

172 Artikel 7, lid 1, onder k van de Rva 2005.

Geen mededeling doen van gegevens en niet betalen kosten opvang

Andere artikelonderdelen van de Rva 2005 die dienen als omzetting van dit onderdeel van artikel 16 van de richtlijn zijn artikel 10 onder a en b van de Rva 2005. De aanhef van artikel 10 vermeldt dat de in artikel 9, eerste lid, bedoelde verstrekkingen geheel of gedeeltelijk aan een asielzoeker kunnen worden onthouden als de asielzoeker:

- a. niet desgevraagd mededeling doet van op hem betrekking hebbende gegevens die nodig zijn voor het realiseren van de opvang, waaronder in elk geval zijn naam, geboortedatum, nationaliteit, land van herkomst, gezinssamenstelling, vermogenspositie en de datum waarop door of ten behoeve van hem een asielaanvraag is ingediend;
- b. een hem overeenkomstig het bepaalde in artikel 20 tweede lid van deze regeling in rekening gebrachte tegemoetkoming in de kosten van opvang niet betaalt.

Het (gedeeltelijk) onthouden van verstrekkingen kan volgens de toelichting bij de Rva 2005 zowel naar duur als naar zwaarte beperkt zijn. In deze toelichting wordt mijns inziens abusievelijk naar artikel 16, derde lid van de richtlijn verwezen. Dat onderdeel ziet echter op sancties op ernstige inbreuken op de regels met betrekking tot de opvangcentra en op ernstige vormen van geweld. De minister schrijft verder in de toelichting dat de concrete omstandigheden bepalen of en in welke mate de verstrekkingen worden beëindigd en dat het evenredigheidsbeginsel en de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit bij het nemen van deze beslissing in acht te moeten worden genomen. Deze zinsnede lijkt een verwijzing naar artikel 16, vierde lid van de richtlijn dat inhoudelijke eisen stelt aan een beslissing in de zin van artikel 16 van de richtlijn.

Terugvorderen van ten onrechte verstrekte voorzieningen

Artikel 21 van de Rva 2005 bepaalt dat indien blijkt dat een asielzoeker in strijd met de waarheid gegevens heeft verstrekt of verzwegen, waardoor hij of zijn gezinsleden ten onrechte, of tot een te hoog bedrag, de verstrekkingen, bedoeld in artikel 9, eerste lid van de Rva 2005, hebben verkregen, dan wel dit op andere wijze heeft bewerkstelligd, het COA bevoegd is de waarde van de ten onrechte toegekende verstrekkingen terug te vorderen.

De minister schrijft in de toelichting bij artikel 21 Rva 2005 dat het COA onder meer het bedrag kan terugvorderen door in vervolg de financiële bijdrage die aan de asielzoeker wordt verstrekt gedeeltelijk te onthouden. De onthouding zal in dat geval gedeeltelijk zijn omdat dit er niet toe behoort te leiden dat de financiële bijdrage ten behoeve van de aanschaf van voedingsmiddelen aan de betrokken asielzoeker wordt onthouden.

5.3.3 *Spoedig indienen asielverzoek (artikel 16, tweede lid, richtlijn)*

Een lidstaat mag op grond van artikel 16, tweede lid, richtlijn weigeren de opvangvoorzieningen te verstrekken wanneer de asielzoeker niet kan bewijzen dat het asielverzoek zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk na de aankomst in de lidstaat werd ingediend. Deze bepaling is niet omgezet in Nederlandse wet- en regelgeving en bespreking van deze richtlijnbeepaling wordt om deze reden achterwege gelaten. In paragraaf 5.2.3 van hoofdstuk III is beschreven waarom de rechtmatigheid van dit onderdeel van de richtlijn in verband met artikel 3 van het EVRM zeer omstreden is.

5.3.4 *Ernstige inbreuken op regels in de opvangcentra en ernstige vormen van geweld (artikel 16, derde lid, richtlijn)*

Artikel 16, derde lid, van de richtlijn schrijft voor dat de lidstaten sancties kunnen vaststellen op ernstige inbreuken op de regels met betrekking tot de opvangcentra en op ernstige vormen van geweld. Volgens de toelichting bij de Rva 2005 is deze bepaling uit de richtlijn geïmplementeerd in artikel 10, onder c en d van de Rva 2005.

De in artikel 9, eerste lid, bedoelde verstrekkingen kunnen ten eerste geheel of gedeeltelijk aan een asielzoeker worden onthouden als de asielzoeker het bepaalde in artikel 19 van deze regeling niet naleeft. Dit artikel verplicht de asielzoeker die onderdak heeft in een opvangvoorziening a) de huisregels na te leven die zijn neergelegd in het reglement van de desbetreffende opvangvoorziening; b) gevolg te geven aan de aanwijzingen van het personeel van de desbetreffende opvangvoorziening; c) schoonmaakwerkzaamheden te verrichten in en rond de woonruimte; d) toegang te verlenen aan het personeel van de opvangvoorziening tot zijn woonruimte indien er een redelijk vermoeden bestaat dat de asielzoeker de huisregels overtreedt of indien dit voor het beheer van de opvangvoorziening redelijkerwijs noodzakelijk is; e) zich wekelijks te melden bij het COA teneinde te kunnen vaststellen of hij nog in de opvangvoorzieningen verblijft en aanspraak maakt op opvangvoorzieningen.¹⁷³

Daarnaast kunnen de in artikel 9, eerste lid, bedoelde verstrekkingen geheel of gedeeltelijk aan een asielzoeker worden onthouden¹⁷⁴ als de asielzoeker overlast bezorgt aan andere asielzoekers die in een opvangvoorziening verblijven, aan personen die werkzaam zijn in de voorziening of aan anderen.

Reglement Onthoudingen Voorzieningen (ROV)

Het COA heeft mede gelet op artikel 10, onderdelen c en d van de Rva 2005 het Reglement Onthoudingen Voorzieningen (ROV) opgesteld dat eerder kort werd

173 Op grond van artikel 10, onderdeel c, Rva 2005.

174 Op grond van artikel 10 aanhef en onder d, Rva 2005.

beschreven. Het ROV noemt de verschillende mogelijk op te leggen sancties die kunnen variëren van een tijdelijke tot een definitieve intrekking van de Rva-voorzieningen. Deze intrekking kan een gehele of gedeeltelijke intrekking van voorzieningen inhouden en kan worden opgelegd ingeval van zeer lichte tot en met 'zeer bijzondere, en buitengewone ernstige overlast'. Onder overlast wordt volgens de minister in de toelichting bij artikel 19, onderdeel e, van de Rva 2005, ook het niet voldoen aan de meldplicht verstaan.

Op grond van het ROV kunnen gedragingen waarmee de beheersbaarheid en leefbaarheid binnen de locatie in het geding worden gebracht, en overtreding van huisregels worden bestraft. De huisregels zijn vervat in een huishoudelijk reglement en gelden in alle centra waar asielzoekers verblijven op wie de Rva 2005 van toepassing is.

Het ROV beschrijft daarnaast waarborgen en procedurele regels bij het opleggen van de sancties, zoals de voorwaarde dat de maatregel in de vorm van een beschikking wordt gegoten en het vereiste dat aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit wordt voldaan. De maatregel wordt opgelegd per beschikking die wordt ondertekend door de manager opvang van het COA, of door een daartoe door hem gemandateerde medewerker van het cluster waartoe de opvanglocatie behoort waar de betrokken asielzoeker verblijft.

De ROV-maatregelen, die ook worden beschreven in een brief van de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie aan de Tweede Kamer van 30 maart 2005¹⁷⁵ variëren van eenmalig tot geheel onthouden van de Rva-verstrekkingsen. Uit deze brief blijkt ook dat in 2003 in totaal 3721 maatregelen ten uitvoer zijn gelegd, waarvan 40 zaken tot bezwaarprocedures hebben geleid, van welke 10 gegrond werden verklaard. In 2004 werden 2300 maatregelen opgelegd.¹⁷⁶ De minister heeft aangegeven dat het uitsluiten van opvang in het kader van het ROV van tijdelijke aard zal zijn¹⁷⁷ en bij het onthouden van Rva-verstrekkingsen blijft volgens de toelichting op de ROV de ziektekostenverzekering en de aansprakelijkheidsverzekering doorlopen.

Een voorbeeld van een beslissing die mogelijk onder het bereik van artikel 16, derde lid, van de richtlijn valt, is de beslissing ingevolge maatregel 6 van het ROV. Deze beslissing om alle verstrekkingen vanwege herhaalde overlast 'van minder lichte aard', voor een duur van twee weken in te houden, is volgens de Afdeling een besluit in de zin van de Awb en artikel 3a Wet COA.¹⁷⁸ Als sprake is van een 'zeer ernstige misdraging' van de asielzoeker, kunnen de verstrekkingen volgens het ROV-reglement volledig worden beëindigd, met inbegrip van de

175 *Kamerstukken II* 2004/05, 19 637, 913. De meest recente niet gepubliceerde versie van het ROV door het COA is die van juli 2005, te vinden op www.vluchtweb.nl, map opvang asielzoekers.

176 Ondanks herhaalde verzoeken aan de Juridische afdeling heeft het COA tot op heden geen recentere gegevens verstrekt.

177 *Kamerstukken II* 2004/05, 1981, p. 4218 (Kamervragen).

178 ABRvS 28 december 2005, JV 2006/77, m.nt. F.F.Larsson

gezondheidszorg. Ingevolge artikel 16, vierde lid van de richtlijn moet een asielzoeker echter altijd toegang hebben tot medische noodhulp (zie hierover paragraaf 5.3.5.3).

Lichte overlast

Op grond van de eerder genoemde Rva 2005-bepalingen in combinatie met het ROV-reglement, worden ook gedragingen die geen 'ernstige inbreuken' in de zin van de richtlijn opleveren gesanctioneerd, bijvoorbeeld in het geval van 'lichte overlast'. Aangezien artikel 16, derde lid, richtlijn deze ernstige inbreuk wel vereist, zijn deze onderdelen in strijd zijn met de richtlijn. Verder kunnen op grond van artikel 10 in samenhang met artikel 19 van de Rva 2005, de verstrekkingen geheel of gedeeltelijk worden ingehouden als de asielzoeker niet voldoet aan zijn plicht schoonmaakwerkzaamheden te verrichten in en rond de woonruimte, of om toegang te verlenen aan het personeel van de opvangvoorziening tot zijn woonruimte, indien een redelijk vermoeden bestaat dat de asielzoeker de huisregels overtreedt, of indien dit voor het beheer van de opvangvoorziening redelijkerwijs noodzakelijk is. Ook deze gronden kan men niet bestempelen als ernstige inbreuken op de regels met betrekking tot de opvangcentra in de zin van de richtlijn.¹⁷⁹

Weigering terugkeergesprekken

De Rva 2005 bevat de mogelijkheid voor het COA verstrekkingen geheel of gedeeltelijk in te trekken als een asielzoeker in een terugkeerlocatie weigert aan gesprekken over zijn terugkeer deel te nemen.¹⁸⁰ Deze grond valt mogelijk niet onder 'ernstige inbreuken op de regels met betrekking tot de opvangcentra' of enige andere grond genoemd in artikel 16 van de richtlijn. Aangezien moet worden aangenomen dat artikel 16 een limitatieve opsomming bevat van de gronden waarop lidstaten opvangvoorzieningen mogen beperken of intrekken, is deze grond in strijd met de richtlijn. Dit deel van de Rva 2005 is derhalve onverbindend.

5.3.5 Rechtsnormen voor besluiten over opvangvoorzieningen (artikel 16, vierde lid, richtlijn)

De beslissingen tot beperking, intrekking of weigering van opvangvoorzieningen of sancties als bedoeld in artikel 16, eerste tot en met derde lid, van de richtlijn worden ingevolge het vierde lid van die bepaling individueel, objectief en onpartijdig genomen en worden met redenen omkleed. Het vierde artikelonderdeel schrijft bovendien voor dat de beslissingen worden genomen op grond van de

¹⁷⁹ In het sociale zekerheidsrecht kan de bijstand worden verlaagd als sanctie op een zeer ernstige misdraging jegens B&W, als bedoeld in artikel 18, tweede lid WWB.

¹⁸⁰ Artikel 10, onder e Rva 2005.

specifieke situatie van de betrokkene en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel. De lidstaten moeten er volgens hetzelfde onderdeel tevens op toezien dat een asielzoeker altijd toegang heeft tot medische noodhulp. Hieronder wordt het Nederlands recht beschreven dat als omzetting dient van dit artikelonderdeel.

5.3.5.1 Rechtsnormen voor het overheidshandelen in het Nederlands recht

De Algemene wet bestuursrecht

Een beslissing in de zin van artikel 16 van de richtlijn wordt in Nederland als hoofdregel genomen door of namens het COA op grond van de Wet COA. Het COA is een bestuursorgaan als bedoeld in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en is opgericht ingevolge de Wet COA. Dit bestuursorgaan heeft ingevolge de Wet COA de publiekrechtelijke bevoegdheid te besluiten over het recht op opvang. De Afdeling oordeelt¹⁸¹ dat het COA op grond van artikel 3 van de Wet COA niet alleen een publiekrechtelijke bevoegdheid heeft om in de Rva 2005 geregelde gevallen opvang te bieden, maar ook in andere gevallen als zeer bijzondere omstandigheden daartoe nopen. De Hoge Raad oordeelde eerder anders en stelt vast dat het COA slechts beschikt over de specifiek in de Rva 1997 (oud) geregelde bevoegdheden tot het verlenen van opvang.¹⁸²

Besluit in de zin van de Awb

Een schriftelijk beslissing van het COA over het bieden van het recht op opvang aan een asielzoeker die op de Wet COA en/of de Rva 2005 kan worden gebaseerd en op rechtsgevolg is gericht, is een beschikking in de zin van artikel 1:3 van de Awb. Een besluit dient in overeenstemming met de geschreven en ongeschreven rechtsregels te worden genomen.

Belangrijke regels van materieel recht die gelden voor bestuursrechtelijke besluiten over opvangvoorzieningen zijn te vinden in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Zo omvat deze wet algemene beginselen van behoorlijk bestuur die kunnen worden gezien als omzetting van de in artikel 16, vierde lid van de richtlijn genoemde beginselen die door de lidstaten in acht moeten worden genomen als een besluit wordt genomen. Voorbeelden van belangrijke beginselen die bij de uitoefening van beleidsvrije bevoegdheden moeten worden gerespecteerd zijn het verbod van willekeur, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4, tweede lid, van de Awb).¹⁸³

181 ABRvS 28 maart 2007, *JV* 2007/187, m. nt. F.F. Larsson; *RV* 2007, 89, m.nt. F.T.G. Groenewegen.

182 HR 21 maart 2003, *JB* 2003, 97. Zie meer recent ook in die zin HR 14 januari 2005, *JV* 2005/115, inzake de bevoegdheid van het COA om een hardheidsbeleid te voeren na het van rechtswege eindigen van de opvang.

183 Tevens biedt artikel 3:4, lid 2 Awb een handvat voor de mate van intensiteit van toetsing door de rechter.

Deze en andere in afdeling 3.2 van de Awb beschreven beginselen zijn overigens niet alleen van toepassing op besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb, maar ook op andere handelingen van een bestuursorgaan, zoals feitelijke overheids-handelingen, tenzij de aard van de handeling zich daartegen verzet (artikel 3:1, tweede lid, van de Awb).

ROV-sanctiebesluit

In paragraaf 5.3.4 is beschreven dat het ROV-reglement als uitwerking dient van een aantal bepalingen van de Rva 2005 en door het COA als interne instructie wordt gehanteerd. Het reglement is geen officieel gepubliceerde beleidsregel, en ook bevat het reglement geen algemeen verbindende voorschriften die op kenbare wijze bekend zijn gemaakt: het COA heeft daartoe geen regelgevende bevoegdheid. Deze vaststelling is de reden dat het reglement niet kan dienen als omzetting van bepalingen van de Opvangrichtlijn.

Een sanctie die door het COA aan een asielzoeker wordt opgelegd en in het ROV wordt beschreven, wordt hierna een ROV-sanctie genoemd. De ROV-sanctie is naar nationaal recht een beschikking in de zin van de Algemene wet bestuursrecht die een bestuurlijke sanctie inhoudt. Dit is een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of het onthouden van een aanspraak. Bestuurlijke sancties kunnen worden onderscheiden in herstelsancties die 'strekken tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding' en bestraffende (of punitieve) sancties voor zover de bestuurlijke sanctie beoogt de overtreder leed toe te voegen.¹⁸⁴

Het is niet altijd eenduidig vast te stellen of een beschikking tot het ontnemen van een recht een herstelsanctie of een punitieve sanctie inhoudt.¹⁸⁵ Het oogmerk van de sanctie kan echter blijken uit de bedoeling van de regelgever of die van het uitvoerend orgaan. Zo gaat de minister er in de toelichting bij artikel 7 van de Rva 2005 vanuit dat de ROV-sanctie tot het geheel of gedeeltelijk aan de asielzoeker onthouden van verstrekkingen een punitief karakter heeft: '(...) Het onthouden van opvangvoorzieningen op basis van artikel 10 heeft daarnaast volgens de minister, in tegenstelling tot artikel 7, een punitieve dan wel beheersmatige reden.' Of met beheersmatige reden bedoeld wordt op een punitief of reparatoir karakter is uit de toelichting niet op te maken.

Het COA bestempelt deze maatregelen in de toelichting bij het ROV-reglement eveneens als strafmaatregel. In de interne instructie van het COA van juli 2005 staat in hoofdstuk 4 onder meer het volgende:

¹⁸⁴ Artikel 5:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

¹⁸⁵ Zie bijvoorbeeld een bespreking van rechtspraak over het intrekken van (o.a.) een financiële bijdrage wegens het niet verstrekken van inlichtingen ook: Van de Griend 2003.

(...) Het COA heeft op basis van de Rva en het ROV de bevoegdheid om ten aanzien van iedere bewoner van een opvanglocatie een strafmaatregel op te leggen die voor de betrokken vreemdeling tot aanmerkelijke financiële consequenties kan leiden. De strafmaatregel vormt een aantasting van (en inbreuk op) de belangen van de betrokken vreemdeling en een ingreep in zijn persoonlijke levenssfeer. De betrokken vreemdeling is immers vaak (financieel) 'afhankelijk' van het COA. Met andere woorden, het opleggen van een strafmaatregel is een zwaar middel omdat het hier gaat om het ontnemen van primaire levensbehoeften.

Uit rechtspraak blijkt dat ook het COA het deels inhouden van verstrekkingen door dit bestuursorgaan als sanctie op het niet voldoen aan de meldplicht ziet als het opleggen van een bestuurlijke boete, en dus als een punitieve sanctie:

Verweerder heeft ter zitting aangegeven dat bij het schenden van de meldplicht standaard een geldboete wordt opgelegd en dat niet gekeken wordt naar de proportionaliteit en de subsidiariteit.¹⁸⁶

Deze mening van het COA levert strijd op met artikel 49, derde lid, van het Handvest van de Grondrechten van de EU dat juist voorschrijft dat bij het bepalen van de zwaarte van de straf rekening moet worden gehouden met het evenredigheidsbeginsel.

De beslissing tot het inhouden van het geldbedrag op de financiële toelage van de asielzoeker is volgens het COA in deze procedure een bestuurlijke boete. Het COA doelt kennelijk op de bestuurlijke boete in de zin van artikel 5:40, eerste lid, van de Awb, zijnde 'de bestraffende sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom'. Het tweede lid van deze bepaling schrijft echter voor dat titel 5.4 (Bestuurlijke boete) niet van toepassing is op de intrekking of wijziging van een aanspraak op financiële middelen. Deze uitsluiting is ook van toepassing op de intrekking of de beperking van de financiële toelage van een asielzoeker. De algemene waarborgen van titel 5.1 gelden echter onverkort, en als sprake is van een bestuurlijke sanctie die beoogt leed toe te voegen is sprake van bestraffende sanctie in de zin van artikel 5:2, eerste lid, onder c, van de Awb.

Strafoverplaatsing ingeval van overtreding van de huisregels, mag volgens het COA geen straf worden genoemd (p. 29 van het ROV):

'De overplaatsing is géén straf mede omdat het COA gebruikt maakt van artikel 11 Rva waarin het COA de bevoegdheid is gegeven asielzoekers over te plaatsen, zonder dat hier bijzondere redenen voor zijn. (...) De term 'strafoverplaatsing' moet dan ook niet meer als zodanig worden gehanteerd. [aanduiding vette letter is van het

¹⁸⁶ Rechtbank 's-Gravenhage zp Haarlem 25 september 2007, r.o. 2.11, JV 2008/ 216, m.nt. C.H. Slingenberg.

COA zelf Aanleiding tot overplaatsing kan er zeker zijn in een situatie waarin eerder (dus nadat) een strafmaatregel is opgelegd en waarin dit van belang wordt geacht voor de beheersbaarheid en leefbaarheid.'

Voor zover deze sanctie echter beoogt de overtreder leed toe te voegen is ook deze sanctie aan te merken als bestraffende sanctie in de zin van de Awb.

Hierna zal ten aanzien van genoemde sanctiebesluiten worden nagegaan of deze naar Europees recht als bestraffend dienen te worden aangemerkt.

Besluit tot intrekking als bestuurlijke sanctie

De voorgaande vaststelling dat het geheel of gedeeltelijk onthouden van verstrekkingen in de zin van de Rva 2005 naar nationaal recht mogelijk een punitieve bestuurlijke sanctie is,¹⁸⁷ is onder andere van belang om vast te kunnen stellen of deze sanctie onder het toepassingsbereik valt van het begrip 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM.

Het EHRM oordeelt dat dit begrip autonoom dient te worden geïnterpreteerd aan de hand van de nationale classificatie van de overtreden norm, de aard van de overtreding en de aard en zwaarte van de sanctie.¹⁸⁸ Als moet worden aangenomen dat de intrekking een 'criminal charge' is, heeft dit tot gevolg dat extra waarborgen in het kader van de rechtsbescherming tegen deze beslissingen in acht moeten worden genomen.¹⁸⁹ Michiels en De Waard concluderen evenals Albers¹⁹⁰ dat het subcriterium 'de aard van de sanctie' de meest belangrijke is voor de kwalificatie als 'criminal'. Het EHRM oordeelt dat bepalend is dat de sanctie punitief en afschrikkend (of soms: preventief) is, waarbij het punitieve element in de ogen van het Hof van doorslaggevende betekenis is. Het Hof geeft echter geen algemene aanduiding van 'punitief'.

In de Awb wordt een bestuurlijke sanctie omschreven als 'een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak'. Een bestuurlijke herstelsanctie 'strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding.'

Een bestraffende (punitieve) sanctie is een bestuurlijke sanctie voor zover deze beoogt de overtreder leed toe te voegen. Gelet op hiervoor beschreven rechtspraak van het EHRM, is het oogmerk van het opleggende orgaan echter niet bepalend voor het juridische karakter van de sanctie, maar de objectieve strekking

187 Een intrekking kan ook niet als sanctie worden opgelegd. Een voorbeeld is het sluitingsbevel ten aanzien van een horecaverunning in het kader van de openbare orde, ABRvS 3 mei 2006, AB 2006, 392, m.nt. F.R. Vermeer, JB 2006, 190, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

188 Zie hoofdstuk II van dit proefschrift. Zie o.a. EHRM 8 juni 1976, NJ 1978, 223 (Engel) en EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937 (Öztürk/Duitsland).

189 Deze waarborgen zijn reeds in Hoofdstuk II behandeld.

190 Michiels & De Waard 2007; Albers 2002.

van de sanctie. Michiels en de Waard definiëren in dit verband een bestuurlijke punitieve sanctie als 'het door het bestuur als reactie op een overtreding toebrengen van onvoorwaardelijk concreet nadeel dat verder gaat dan herstel of wordt toegebracht ingeval herstel niet mogelijk is'.¹⁹¹

Op grond van de Awb kan alleen vast worden gesteld dat een bestuurlijke boete naar Nederlands recht een punitieve bestuurlijke sanctie is. In algemene zin kan ten aanzien van de intrekking van een vergunning die als sanctie wordt gehanteerd, worden gesteld dat de intrekking voor onbepaalde tijd in de regel een herstelkarakter heeft, terwijl intrekking voor bepaalde tijd volgens rechtspraak soms een strafkarakter en dan weer een herstelkarakter¹⁹² krijgt toegedicht. In dit verband is uiteindelijk het met de intrekking te bereiken doel van belang. Als de intrekking beide doeleinden kent, is van belang welk doel overheerst: kan dat niet duidelijk worden gezegd dan is het punitieve aspect blijkbaar niet ondergeschikt en moet van een punitieve sanctie en bijhorende waarborgen worden uitgegaan. Albers vindt dat de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak de indruk wekt dat vooral pragmatische en rechtspolitieke overwegingen een rol spelen bij de kwalificatie van een intrekkingsbesluit als bestraffende dan wel herstelsanctie: 'Het realiseren van een efficiënte handhaving lijkt een belangrijke drijfveer te zijn die maakt dat soms een loopje wordt genomen met fundamentele waarborgen'.¹⁹³

Ten slotte lijken de Afdeling en het College van Beroep voor het bedrijfsleven de begrippen punitieve sanctie en *criminal charge* in vergaande mate gelijk te stellen.¹⁹⁴ Michiels en De Waard stellen vast dat de rechtspraak van het EHRM deze gelijkstelling rechtvaardigt, en maken de kanttekening dat ook een sanctie die niet direct als *criminal charge* kan worden bestempeld, zoals de intrekking van een begunstigende beschikking, in bepaalde gevallen toch punitief kan zijn.¹⁹⁵

5.3.5.2 Vergelijking met het sociaal zekerheidsrecht: besluit tot intrekking van het recht op bijstand

Het Nederlands recht biedt geen eenduidig antwoord op de vraag of een beslissing tot intrekking of beperking van de opvangvoorzieningen aan asielzoekers in het Nederlands recht als herstelsanctie of als punitieve sanctie dient te worden gekwalificeerd.

191 Michiels & De Waard 2007, § 2.2.2.

192 Punitief: bijvoorbeeld ABRvS 30 maart 2001, *JB* 2001, 129, m.nt. Albers. Herstel: ABRvS 14 april 2004, *JB* 2004, 208. En verder: ABRvS 2 november 2005, *JB* 2006/11, m.nt. Albers, *AB* 2006, 20, m.nt. Michiels, waarin de Afdeling na 10 jaar omgaat en de intrekking van de APK-keuringserkenning nu als herstelsanctie ziet.

193 Over deze weerbarstige materie: Albers 2009.

194 Intrekking APK-keuringsbevoegdheid, ABRvS 2 november 2005, *AB* 2006, 20, m.nt. F.C.M.A. Michiels, *Gemeentestem* 7242, 196 m. nt. C.L.G.F.H. Albers; CBB 5 april 2005, AWB 04/48.

195 Michiels & De Waard 2007, § 2.5.

Om meer duidelijkheid te vinden, kan aansluiting worden gezocht bij het sociale zekerheidsrecht. Intrekkingen van uitkeringen (maar ook subsidies) worden door de Afdeling, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven in de regel als herstelsancties beschouwd, maar afhankelijk van de reden van intrekking kan deze intrekking volgens genoemde rechtscollages ook als punitieve sanctie worden gekwalificeerd.¹⁹⁶ In de literatuur bestaat nog veel verschil van mening over de kwalificatie van de maatregel tot intrekking als herstelsanctie. Het vaststellen van het karakter van de bestuurlijke sanctie is een reeds langer bestaand probleem dat met name sinds de jaren negentig van de vorige eeuw is opgekomen.¹⁹⁷

In het sociale zekerheidsrecht kan een vergelijking worden gezocht met beslissingen op grond van de Wet werk en bijstand (WWB).¹⁹⁸ Deze wet regelt de bijstandverlening die als sociaal grondrecht in artikel 20, derde lid van de Grondwet is opgenomen. De WWB is een sociale voorziening en waarborgt een uitkering op het niveau van het sociaal minimum in het geval iemand niet in staat is om zelf in de noodzakelijke kosten van het bestaan te voorzien, en er geen beroep op een andere inkomensvoorziening mogelijk is. Artikel 11, tweede lid van de WWB definieert de doelgroep waartoe ook vreemdelingen behoren die rechtmatig in Nederland verblijven. De Rva 2005 is een voorliggende voorziening in de zin van artikel 15 van de WWB zodat deze wet niet van toepassing is op asielzoekers in de zin van de Rva 2005.

De situatie van de asielzoeker met opvangvoorzieningen ingevolge de Rva 2005 in een opvangcentrum van het COA kan in het best worden vergeleken met die van de bijstandsgerechtigde *in een inrichting* in de zin van artikel 1, aanhef onder f WWB:¹⁹⁹

'een instelling die zich blijkens haar doelstelling en feitelijke werkzaamheden richt op het bieden van verpleging of verzorging aan aldaar verblijvende hulpbehoevenden of een instelling die zich blijkens haar doelstelling en feitelijke werkzaamheden richt op het bieden van slaapgelegenheid, waarbij de mogelijkheid van hulpverlening of begeleiding gedurende meer dan de helft van ieder etmaal aanwezig is.'

Evenals asielzoekers in een opvangcentrum van het COA, krijgen bijstandsgerechtigden in een inrichting voeding en huisvesting en hoeven zij een aantal belangrijke bestaanskosten zoals energiekosten en onderhoudswerkzaamheden niet

196 Zie voor een bespreking van rechtspraak over het intrekken van (o.a.) een financiële bijdrage wegens het niet verstrekken van inlichtingen ook: Van de Griend 2003, p. 31-64.

197 Noordam 2004, p. 223.

198 Stb. 2003, 375.

199 Deze vergelijking wordt gemaakt in: Franssen, Larsson & Slingenberg 2007. In dit artikel wordt geconcludeerd dat het niveau van de verstrekkingen aan asielzoekers ver onder het niveau ligt van verstrekkingen aan bijstandsgerechtigden in een inrichting.

te betalen. Om deze reden geldt voor hen een fors lagere bijstandsnorm dan voor bijstandsgerechtigden die zelfstandig zijn gehuisvest (artikel 23 WWB).²⁰⁰ De situatie van een bijstandsgerechtigde kan dus ten aanzien van de kosten voor het levensonderhoud worden vergeleken met een asielzoeker die Rva 2005-verstrekkingen geniet in een opvangcentrum van het COA.

De WWB biedt echter geen gronden voor intrekking of beperking van bijstand of voor een sanctie in een inrichting, dus kan een vergelijking met de Rva 2005 met als doel het vaststellen of deze sanctie in het sociale zekerheidsrecht als herstelsanctie of punitieve sanctie wordt gezien, niet worden gemaakt. Om deze reden worden de gronden bestudeerd die wel in de WWB zijn geregeld. Zo is het uitvoeringsorgaan verplicht om een sanctie te treffen bij overtreding van de in de WWB neergelegde verplichtingen. Een voorbeeld is de plicht tot het leveren van voor het recht op bijstand relevante informatie en de verplichting naar vermogen geaccepteerde arbeid te verkrijgen en te aanvaarden. Burgemeester en wethouders hebben in dezen wel beoordelingsvrijheid maar geen beleidsvrijheid.²⁰¹ Artikel 18, tweede lid, van de WWB²⁰² verplicht het bestuursorgaan de bijstand te verlagen bij een overtreding van de (indirect) in deze bepaling genoemde verplichtingen.²⁰³

De zwaarte van de maatregel moet, mede gelet op artikel 3:4, tweede lid, Awb en artikel 2, tweede lid van de 'VNG Modelverordening', worden afgestemd op de ernst van de gedraging, de mate van verwijtbaarheid, en de omstandigheden waarin de betrokkene verkeert.

In de discussie over de vraag of de maatregel tot verlaging van de bijstand een herstelsanctie of een punitieve sanctie is, wordt in de literatuur mede gerefereerd aan het inwerking treden van de WWB als vervanger van de Algemene bijstandswet. Met de introductie van de WWB werd de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete bij het overtreden van de informatieverplichtingen.

200 Zie ook Memorie van Toelichting bij de WWB, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 870, nr. 3, p. 51.

201 Noordam & Klose 2008, p. 468.

202 De bepaling luidt: 'Indien de belanghebbende naar het oordeel van het college tekortschietend besef van verantwoordelijkheid betoont voor de voorziening in het bestaan dan wel de uit deze wet dan wel artikel 30c, tweede en derde lid, van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen voortvloeiende verplichtingen niet of onvoldoende nakomt, waaronder begrepen het zich jegens het college zeer ernstig misdragen, verlaagt het college overeenkomstig de verordening, bedoeld in artikel 8, eerste lid, onderdeel b, de bijstand. Van een verlaging wordt afgezien, indien elke vorm van verwijtbaarheid ontbreekt.' In een verordening dient te worden vastgelegd welke criteria door B&W worden gehanteerd bij het verlagen van de uitkering ingeval van schending van verplichtingen.

203 De schriftelijke beslissing daartoe is een besluit. De CRvB oordeelt dat ook een schriftelijke waarschuwing ingeval van een schending van de inlichtingenverplichting, gelet op de in de maatregelenverordening genoemde gevolgen voor de uitkering, een besluit is in de zin van de Awb: CRvB 5 januari 2009, *JB* 2009/64, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

ting, afgeschaft. De bestuurlijke boete op de overtreding van de informatieverplichting werd als punitieve sanctie gekarakteriseerd. De bestaande mogelijkheid tot het opleggen van een maatregel in dit geval, is echter wel gehandhaafd.

De regering is van mening dat deze maatregel – dus ook de maatregel die eerst een bestuurlijke boete was – een reparatoir karakter heeft,²⁰⁴ en verwijst naar de toelichting op het ontwerp-Vierde tranche Awb,²⁰⁵ waarin de commissie Scheltema oordeelt dat de maatregel een herstelsanctie is.²⁰⁶

De verenigbaarheid van het ‘maatregelensysteem’ met artikel 6 EVRM wordt in dit verband aan de hand van het EHRM-arrest *Öztürk* onder andere toegelicht in de memorie van toelichting bij de Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid:²⁰⁷ de maatregel is volgens de wetgever geen *criminal charge*.

De CRvB²⁰⁸ oordeelt in dezelfde lijn dat de rechtsfiguur van *intrekking* van bijstand niet kan worden beschouwd als een bestraffende *sanctie* maar als een op herstel gerichte maatregel, omdat daarmee wordt beoogd de toekenning van bijstand aan een belanghebbende die volgens het bijstandverlenend orgaan geen zelfstandig subject van bijstand (meer) is, geheel of gedeeltelijk ongedaan te maken. Volgens de Raad betekent het gegeven dat de schending van de inlichtingenverplichting²⁰⁹ als zodanig ook een strafbaar feit oplevert, niet dat het bestuursorgaan gehouden is aan de betrokkene, die in het kader van een onderzoek dat uitsluitend erop is gericht het recht op bijstand (nader) vast te stellen of te herbeoordelen een verklaring aflegt, bescherming en waarborgen te bieden als ware hij een verdachte in strafrechtelijke zin.²¹⁰

Meer meningen auteurs over het karakter van de sanctie

Noordam betoogt dat de sanctie op overtreding van de informatieverplichting ook na de afschaffing van de bestuurlijke boete bij het inwerking treden van de WWB, een punitief karakter heeft.²¹¹ Hij redeneert dat een herstelsanctie gericht is

204 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 870, nr. 3, p. 49, nr. 13, p. 161-163 en *Kamerstukken I* 2003/04, 28 870 en 28 960, B, p. 59.

205 Commissie-Scheltema, *Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht, Vierde tranche*, Den Haag 1999, p. 120.

206 Voorontwerp Awb, p. 109-110.

207 *Kamerstukken II* 1994/95, 23 909, nr. 3, p. 11-13.

208 In vaste jurisprudentie: recent CRvB 11 april 2007, *LJN*: BA2410 en CRvB, 28 oktober 2008, *JB* 2009/22.

209 In casu als bedoeld in artikel 17, eerste lid, WWB.

210 Wel een punitieve sanctie: uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 5 juni 2007 (*LJN*: BA 7556). In deze uitspraak ging het ook om de toepassing van artikel 18, tweede lid, van de WWB na het door de betrokkene niet nakomen van haar inlichtingenverplichting en merkt de CRvB deze verlaging ‘die is opgelegd naast de herziening en terugvordering van de bijstand’ aan als een punitieve sanctie.

211 Noordam 2004, nr. 5, p. 217-231.

op het beëindigen of ongedaan maken van de overtreding of de gevolgen daarvan, dan wel het voorkomen van herhaling. Noordam bespreekt deze elementen van genoemde bepaling en stelt ten eerste dat de WWB-maatregel niet op beëindiging van de overtreding kan zijn gericht, gelet op het simpele feit dat de overtreding op het moment van sanctieoplegging al is beëindigd. Daarnaast is hij van mening dat het ongedaan maken van de overtreding (het alsnog verstrekken van de juiste informatie) een gepasseerd station is, omdat de informatie reeds zal zijn verstrekt of op andere wijze zal zijn verkregen. Volgens Noordam geschiedt het ongedaan maken van de gevolgen van de overtreding (het ten onrechte genieten van een uitkering) door middel van een terugvordering: de verlaging van de uitkering is dus zijns inziens niet op terugbetaling gericht. Ten slotte oordeelt hij dat het laatste element van de herstelsanctie, het voorkomen van herhaling, niet aan de herstelsanctie is voorbehouden omdat ook punitieve sancties (deels) op preventie (kunnen) zijn gericht. De conclusie van Noordam luidt dan ook dat als de uitkering wordt verlaagd, hoewel er niets meer te repareren valt, de sanctie als punitief dient te worden gekarakteriseerd.

Michiels en De Waard²¹² menen dat het intrekken van een betaald bedrag vanwege het niet tijdig voldoen aan een administratieve verplichting in het sociale zekerheidsrecht terwijl de uitkeringsgerechtigde overigens wel aan de voorwaarden voor de uitkering voldoet (i.e. dat geen inkomsten mogen worden genomen), een punitieve sanctie of een boete zou kunnen inhouden. De reden is dan dat het verzuim geen materieel gevolg had en de sanctie om deze reden verder gaat dan herstel. Er is overigens volgens dezelfde auteurs een onderscheid te maken tussen een intrekking van een uitkering omdat iemand niet (meer) voldoet aan de voor de uitkering gestelde wettelijke voorwaarden enerzijds (herstel), en een boete in verband met het schenden van wettelijke inlichtingenplichten als punitieve sanctie anderzijds.²¹³

Mijns inziens is niet zozeer relevant op welke grond de voorziening wordt verlaagd of ingetrokken. Ook het sanctioneren van het niet nakomen van de informatieverplichting waardoor het vermoeden rijst dat betrokkene inkomen verzwijgt, heeft op het moment van de sanctie overwegend tot doel dat de vermoedelijke onrechtmatigheid van de situatie (bijvoorbeeld omdat waarschijnlijk geen recht op bijstand bestaat vanwege een eigen inkomen) wordt hersteld. Blijkt dit nadien ook zo te zijn, dan is sprake van een herstelsanctie. Wellicht blijkt nadien echter dat de bijstandsgerechtigde niet ten onrechte bijstand heeft genomen, en kan daaruit de conclusie worden getrokken dat de sanctie niet meer alleen op herstel was gericht. Dan zou het een punitieve sanctie zijn.

Overigens kunnen ook andere wetten in de sociale zekerheid zoals *de Werkloosheidswet* (WW), hoewel deze een sociale verzekering is en geen sociale voorziening voor de vaststelling het karakter van een bestuurlijke sanctie wel aankno-

212 Michiels & De Waard, § 3.2.2.3.

213 Zie als voorbeeld CRvB 19 december 2006, RSV 2007, 107, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman.

pingspunten bieden. Ook in nationale rechtspraak over sancties in de WW is bepaald dat een maatregel tot intrekking van voorzieningen geen punitief karakter heeft²¹⁴ omdat deze niet afschrikwekkend is bedoeld, maar wordt gezien als een reactie op het niet nakomen door de belanghebbende van de verplichting om te voorkomen dat hij een beroep op een uitkering moet blijven doen.²¹⁵

5.3.5.3 Specifieke situatie van kwetsbare personen en toegang tot medische noodhulp

Altijd toegang tot medische noodhulp

Artikel 16, vierde lid van de richtlijn stelt bijzondere vereisten aan besluiten in de zin van het artikelonderdeel. Zo zien de lidstaten er op toe dat asielzoekers altijd toegang hebben tot medische noodhulp, ondanks de beslissing tot beperking, intrekking of weigering van de voorzieningen. Het recht op medische noodhulp aan asielzoekers is onderdeel van het voorzieningenpakket van de Rva 2005 en daarnaast kan ook de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf in Nederland heeft, op grond van artikel 10, tweede lid, van de Vw 2000 in aanmerking komen voor medisch noodzakelijke zorg. Er bestaat geen afdwingbaar recht op medische noodhulp voor vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf. Artsen en apothekers zijn echter op grond van het strafrecht en vanwege tuchtrechtelijke regels en beroepsethiek verplicht een ieder gezondheidszorg te bieden in dringende gevallen. Het Koppelingsfonds biedt aan huisartsen, verloskundigen en apothekers onder strikte voorwaarden vergoeding voor de door hen verrichte diensten in het kader van de primaire gezondheidszorg. Ziekenhuizen hebben speciale fondsen voor onbetaalde rekeningen van illegale vreemdelingen. De toegang tot de diensten van het ziekenhuis is echter problematisch.²¹⁶

Het ROV-reglement schrijft voor dat ondanks het opleggen van een sanctie tot het gedurende een bepaalde periode onthouden van alle Rva-verstrekingen, de dekking van de kosten van medische verstrekingen overeenkomstig een ziektekostenregeling en de verzekering tegen de financiële gevolgen van wettelijke aansprakelijkheid doorlopen. Naast administratieve redenen ligt volgens het COA aan dit uitgangspunt ten grondslag dat het COA, ondanks de ROV-maatregel, 'wel een bepaalde verantwoordelijkheid voor de betrokken bewoner behoudt. Het is niet verantwoord hem onverzekerd tegen ziektekosten in de opvanglocatie te laten verblijven, dan wel elders buiten de opvanglocatie rond te laten lopen. Daarnaast zou het intrekken van de wettelijke dekking voor aansprakelijkheid met zich kunnen meebrengen dat juist 'derden' daar financieel nadeel van kunnen ondervinden, eerder en meer dan de betrokken bewoner (het slachtoffer dat geen vergoeding kan krijgen voor de hem aangebrachte schade).'

214 CRvB 5 april 2000, USZ 2000/135, m. nt. E.E.V. Lenos onder USZ 2000/134.

215 Wel moet worden gerealiseerd dat de maatregel aanknoopt bij het verzekeringskarakter van de WW.

216 *Medisch Contact*, 19 mei 2006, nr. 20, p. 843.

Artikel 10 van de Rva 2005 noemt echter onverkort de mogelijkheid van de intrekking van de dekking van de kosten van medische verstrekkingen overeenkomstig een ziektekostenregeling en de verzekering tegen de financiële gevolgen van wettelijke aansprakelijkheid. Deze bepaling is strijdig met artikel 16, vierde lid, van de richtlijn.

Specifieke situatie van kwetsbare personen

Artikel 16, vierde lid, richtlijn schrijft voor dat de bedoelde beslissingen worden genomen op grond van de specifieke situatie van de betrokkene, met name voor personen die onder artikel 17 vallen. Lidstaten moeten ingevolge het eerste lid van laatst genoemd artikel in hun nationale wetgeving tot uitvoering van hoofdstuk II inzake materiële opvangvoorzieningen en gezondheidszorg²¹⁷ rekening houden met de specifieke situatie van kwetsbare personen. Het genoemde lid geeft een niet-limitatieve opsomming van zeven categorieën van personen die als kwetsbaar kunnen worden gezien: minderjarigen, niet-begeleide minderjarigen, personen met een handicap, ouderen, zwangere vrouwen, alleenstaande ouders met minderjarige kinderen, en personen die folteringen hebben ondergaan, zijn verkracht of zijn blootgesteld aan ernstige vormen van psychologisch, fysiek of seksueel geweld.

De verplichtingen van lidstaten voor de minderjarigen, niet-begeleide minderjarigen en personen die folteringen hebben ondergaan, zijn verkracht of zijn blootgesteld aan ernstige vormen van psychologisch, fysiek of seksueel geweld worden nader uitgewerkt in respectievelijk artikel 18, 19 en 20 van de richtlijn. Artikel 20 bijvoorbeeld legt lidstaten de verplichting op ervoor zorg te dragen dat personen die foltering, verkrachting of andere ernstige vormen van geweld hebben ondergaan, voor hun daardoor veroorzaakt letsel zo nodig de vereiste behandeling ontvangen.

Volgens de toelichting bij de Rva 2005 zijn meerdere van de hiervoor besproken bepalingen van de richtlijn²¹⁸ geïmplementeerd in artikel 9 lid 4 Rva 2005. Dit artikellid bepaalt in algemene bewoordingen, overigens zonder onderscheid te maken tussen de verschillende categorieën personen, dat bijzonder kwetsbare personen recht hebben op specifieke begeleiding. Volgens de toelichting op de Rva 2005 moet dan in elk geval worden gedacht aan de alleenstaande minderjarige vreemdeling (amv) en de asielzoeker met ernstige psychosociale problemen. De andere aangeduide categorieën in artikel 17 lid 1 van de richtlijn worden niet genoemd, hetgeen tot gevolg kan hebben dat de lidstaat er in de praktijk geen rekening mee zal houden. In de huidige praktijk kan de Medische Opvang Asielzoekers (MOA) of de huisarts een asielzoeker bijvoorbeeld naar het Riagg sturen of naar een andere medische instelling die gespecialiseerd is in de behandeling van psychiatrische problemen van asielzoekers en vluchtelingen. Ook is er gespe-

217 Deze aspecten komen in artikel 13, 14 en 15 richtlijn tot uiting.

218 Meer specifiek: artikel 17 lid 1, artikel 18 lid 2 en artikel 20, van de richtlijn.

cialiseerde geestelijke en somatische gezondheidszorg beschikbaar voor personen die gemarteld zijn, verkracht zijn of het slachtoffer zijn geweest van ernstig fysiek of psychisch geweld. Voor asielzoekers met psychische problemen bestaan aparte opvangcentra: 'Abri' en 'de Vonk'. Aangezien deze praktijk echter geen juridische basis heeft (en hieraan geen rechten kunnen worden ontleend) kan dit niet worden aangemerkt als een adequate omzetting van de betreffende bepalingen uit de richtlijn.

5.3.6 Artikel 16, vijfde lid: beperken of intrekken van opvangvoorzieningen niet voordat een negatief besluit is genomen

Artikel 16, vijfde lid, van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgen dat geen materiële opvangvoorzieningen worden beperkt of ingetrokken voordat 'een negatieve beslissing' is genomen. Volgens de toelichting bij de Rva 2005 is deze bepaling omgezet in artikel 7, lid 1, onder b, van de Rva 2005. Dit onderdeel bepaalt dat het recht op opvang eindigt voor een asielzoeker die rechtmatig verwijderbaar is vanwege het niet inwilligen van de asielaanvraag die recht geeft op opvang; op de dag na de dag waarop de vreemdeling rechtmatig verwijderbaar is geworden. Als aan deze voorwaarden wordt voldaan, zal het COA de verstrekkingen beëindigen.²¹⁹ Deze handeling van het COA beoogt – gelet op het reeds van rechtswege ingetreden rechtsgevolg – geen zelfstandig rechtsgevolg en is dus geen besluit in de zin van de Awb, maar een feitelijke mededeling. De situatie dat in Nederland geen zelfstandig besluit wordt genomen over de opvangvoorzieningen, is niet in strijd met dit onderdeel van de richtlijn, omdat deze asielzoeker niet meer onder het toepassingsbereik van de richtlijn valt.

5.4 De omzetting van artikel 21 richtlijn: rechtsbescherming in Nederland tegen opvangbesluiten

Artikel 21, eerste lid, van de richtlijn verplicht de lidstaten tot het bieden van rechtsmiddelen zowel tegen negatieve beslissingen tot toekenning van voorzieningen op grond van de richtlijn, als tegen beslissingen op grond van artikel 7 van de richtlijn. De beslissingen op grond van artikel 7 van de richtlijn hebben betrekking op het verblijf en de bewegingsvrijheid van de asielzoeker in de lidstaat, en worden in dit bestek niet behandeld.

In dit deel ligt de nadruk op de rechtsbescherming tegen negatieve beslissingen over de toekenning van opvangvoorzieningen in de zin van de richtlijn. In het bijzonder wordt hierna het recht op beroep tegen beslissingen in de zin van artikel 16 beschreven, voor zover deze besluiten strekken tot het onthouden van

²¹⁹ Op grond van artikel 45, eerste lid, onder c, Vw 2000 na een meeromvattende beschikking.

materiële opvangvoorzieningen in de zin van artikel 2 onder j van de richtlijn. Deze besluiten zijn naar Nederlands recht bestuursrechtelijk van aard.

In dit deel zullen daarom eerst de algemene karakteristieken van de Nederlandse rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten aan bod komen, en zal het relevante Nederlandse bestuursprocesrecht worden beschreven. Daarna worden de voorgeschreven rechtsmiddelen geschetst die specifiek kunnen worden ingesteld tegen de beslissingen over opvangvoorzieningen van asielzoekers in de zin van artikel 16 van de richtlijn, waarna een conclusie volgt.

5.4.1 *Algemene kenmerken van de rechtsbescherming tegen de overheid in Nederland*

Eén van de beginselen van de (Nederlandse) rechtsstaat is dat de rechtsorde voorziet in een stelsel van rechtsbescherming waarvan de inrichting is gebonden aan het constitutionele recht en het verdragsrecht. De belangrijkste functie van de rechtsbescherming tegen de overheid is het organiseren van controle op het uitoefenen van bestuursbevoegdheden.²²⁰ Een zo mogelijk onafhankelijk en onpartijdig overheidsorgaan beantwoordt op bindende wijze de vraag of het bestuur bij het uitoefenen van openbaar gezag rechtmatig heeft gehandeld.²²¹

Het gegeven dat de burger in veel opzichten van overheidsbeslissingen afhankelijk is, vormt een van de belangrijkste redenen voor het bieden van rechtsbescherming aan de burger.

Het is karakteristiek voor het Nederlands bestuursprocesrecht dat het recht om een bestuursrechtelijk rechtsmiddel te gebruiken, los staat van de vraag of die partij zich kan beroepen op een (subjectief) recht waarin hij bescherming zoekt.²²² De bestuursrechtelijke rechtsbescherming heeft ten eerste als functie het handhaven van het objectieve recht (het '*recours objectif*'): de overheid dient rechtmatig te handelen. Tegenwoordig ligt de nadruk op een andere functie: de bescherming van de rechten van burgers tegen de overheid in het kader van een concreet geschil (het '*recours subjectif*').²²³

Als in de literatuur een ruime definitie van bestuursrechtelijke rechtsbescherming wordt gehanteerd, wordt daaronder niet alleen rechtsbescherming bij een rechterlijke instantie begrepen, maar behoort hiertoe in ieder geval ook de mogelijkheid om bij het bestuursorgaan in bezwaar of administratief beroep op te komen tegen het overheidshandelen. Schlössels en Zijlstra bijvoorbeeld spreken van bestuursrechtelijke rechtsbescherming als een overheidsorgaan bevoegd en

220 Zie bijvoorbeeld Schreuder-Vlasblom 2008, p. 2.

221 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 288.

222 In het burgerlijk recht daarentegen kan de burger die een subjectief recht heeft, dat recht ook door middel van een actie in rechte afdwingen. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 523.

223 Zie bijvoorbeeld over beide functies het rapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: BJu 2004, p. 38 e.v.

verplicht is, op verzoek van een rechtzoekende, een bindend oordeel te geven over de rechtmatigheid van een handeling (met inbegrip van een nalaten) van een bestuursorgaan.²²⁴

De bezwaarprocedure

De Awb schrijft als hoofdregel voor dat degene aan wie dit recht op beroep is toegekend tegen het besluit, eerst bezwaar dient te maken bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen.²²⁵ De functie van de in artikel 7:1, eerste lid, Awb voorgeschreven bezwaarschriftprocedure is meerledig.²²⁶ Zo wordt door het hanteren van deze procedure een onnodig beroep op de rechter voorkomen doordat conflicten al in de bestuurlijke voorprocedure kunnen worden beslecht. Deze functie wordt in de literatuur aangeduid als de filterwerking of zeefwerking van de bezwaarprocedure. Daarnaast dient de bezwaarprocedure tevens als een mogelijkheid van herstel van (bevoegdheids)gebreken in de primaire besluitvorming.

In het geval de rechter in beroep oordeelt over een in bezwaar genomen besluit, is een ander voordeel van de bezwaarprocedure dat reeds een dossier is gevormd van het geschil op grond waarvan de rechter sneller de juridische kern uit het geschil kan destilleren.

Als gebruik wordt gemaakt van de bezwaarschriftprocedure en het tegen het besluit ingestelde bezwaarschrift ontvankelijk is, noopt de Awb tot een volledige heroverweging door het bestuursorgaan van het bestreden besluit op grondslag van het bezwaar.²²⁷ Deze plicht heeft tot gevolg dat het bestuursorgaan dient te bezien of het besluit gelet op de aangevoerde bezwaren, voldoet aan eisen van rechtmatigheid en doelmatigheid. In dit kader toetst het bestuursorgaan het besluit aan het recht en beleid dat geldt op het moment van het nemen van het besluit op het bezwaar. Het bestuursorgaan gaat bij dat besluit uit van de feiten en omstandigheden die op het moment van beslissen bekend zijn (*ex nunc* toetsing).

In dit proces dient het bestuursorgaan rekening te houden met het verbod van *reformatio in peius*; de indiener van het bezwaarschrift mag niet in een slechtere positie worden gebracht dan hij zonder zijn bezwaar gebracht zou mogen worden.²²⁸ Wel bestaan op dit beginsel belangrijke uitzonderingen. Zo zou het recht van bezwaar van andere belanghebbenden dan de geadresseerde worden gefrustreerd als het primaire besluit niet ten nadele van de geadresseerde zou mogen worden gewijzigd.

224 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 287.

225 Artikel 7:1, eerste lid jo. artikel 1:5, eerste lid, Awb.

226 Zie voor een overzicht van deze functies: Schlössels & Stroink 2010.

227 Artikel 7:11 Awb.

228 CRvB 4 januari 2006, LJN AY8908, JB 83, AB 299 (Woningaanpassing Amsterdam).

Toetsing op rechtmatigheid en doelmatigheid

Een besluit van een bestuursorgaan is *rechtmatig* als het bij de uitoefening van zijn bevoegdheden de geschreven en ongeschreven rechtsregels, en de algemene rechtsbeginselen in acht heeft genomen. De rechtmatigheid van het besluit kan ontbreken door het bestaan van bevoegdheidsgebreken, procedurele en vormgebreken en inhoudelijke gebreken.²²⁹ Van een bevoegdheidsgebrek is sprake als een orgaan de gepretendeerde bevoegdheid niet heeft, terwijl procedurele of vormgebreken betrekking hebben op de voorbereiding, totstandkoming, inrichting of bekendmaking van een besluit. Een inhoudsgebrek doet zich voor indien het bestuursorgaan een ander besluit neemt dan het materiële recht toestaat.

In tegenstelling tot de rechtmatigheidstoetsing is de doelmatigheidstoetsing een beleidstoetsing die ziet op de vraag of een besluit of handeling op andere dan rechtsgronden juist, aanvaardbaar of gewenst moet worden geacht, waarbij de belangenafweging door het bestuur het uitgangspunt vormt. Deze belangenafweging dient plaats te vinden binnen de grenzen van de aan het bestuur toekomende bestuurlijke bevoegdheid, waarbij het bestuursorgaan zich afvraagt hoe het na te streven doel effectief en efficiënt kan worden bereikt. De maatstaven voor de beantwoording van deze vraag zijn bijvoorbeeld de economische betekenis van het besluit, de politieke aspecten en de maatschappelijke effecten.

De Awb kent geen harde verplichting om in voorkomende gevallen uitdrukkelijk de gegrondheid van het bezwaar uit te spreken. In de literatuur wordt wel breed onderschreven dat als een bezwaar gegrond is, dit ook uitdrukkelijk vermeld dient te worden in de beslissing van het bestuursorgaan. Gegrondverklaring van het bezwaar wordt uitgesproken als niet is voldaan aan een of meer van voornoemde eisen van rechtmatigheid en doelmatigheid. Als hoofdregel geldt dat het primaire besluit na een gegrondverklaring door het bestuursorgaan wordt herroepen en wordt vervangen door een nieuw besluit, als daartoe op grond van recht- of doelmatigheidsgebreken aanleiding bestaat. Deze aanleiding bestaat als de conclusie van de heroverweging is dat het dictum van het besluit moet worden veranderd. Dit is niet altijd het geval. Zo leidt een gebrekkige motivering weliswaar tot gegrondverklaring van het bezwaar, maar hoeft dit geen aanleiding te zijn voor het herroepen van het primaire besluit omdat een nadere toelichting van het bestuur in dat geval het gebrek kan opheffen.²³⁰

Bestuursrechtspraak

Het besluit op bezwaar is vatbaar voor beroep op de bestuursrechter. De algemene bestuursrechtspraak in eerste aanleg is in Nederland sinds 1994 met de inwerkingtreding van de Awb opgedragen aan de rechtbanken. Zij nemen op grond van artikel 43 van de Wet op de rechterlijke organisatie in eerste aanleg kennis van de bestuursrechtelijke zaken waarvan de kennisneming bij de wet aan hen is

²²⁹ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 526.

²³⁰ Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1238.

opgedragen. Hiermee heeft de wetgever gebruik gemaakt van de in artikel 112, tweede lid, van de Grondwet beschreven mogelijkheid de bestuursrechtspraak op te dragen aan de gewone rechterlijke macht.

Artikel 8:1, eerste lid, van de Awb schrijft als hoofdregel voor dat een belanghebbende tegen een besluit beroep kan instellen bij de rechtbank. De rechtbanken zijn hiertoe uitgerust met een sector bestuursrecht die bevoegd is in beroep over geschillen over besluiten of daaraan gelijkgestelde andere handelingen van het bestuur jegens de burger, uitspraak te doen, en passen het bestuursprocesrecht van de Awb toe.

In de bijzondere bestuurswetgeving worden ook wel andere rechterlijke instanties aangewezen.²³¹ De heersende opvatting²³² is dat indien de instantie in gewaarborgde onafhankelijkheid van wetgever en bestuur kan functioneren, sprake is van een rechterlijke instantie. Tegen een einduitspraak van de rechtbank staat als hoofdregel ingevolge artikel 47 Wet op de Raad van State hoger beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, tenzij de Centrale Raad van Beroep op grond van de Beroepswet of het College van Beroep voor het bedrijfsleven op grond van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie bevoegd is. In een aantal in bijzondere bestuurswetgeving genoemde gevallen zijn deze instanties bevoegd om in eerste en enige aanleg recht te spreken.

Het bestuursprocesrecht

Het (Nederlandse) bestuursprocesrecht is gericht op het kunnen realiseren van bevoegdheden, aanspraken en verplichtingen die ontleend worden aan het materiële bestuursrecht en strekt zowel tot handhaving van het objectieve bestuursrecht als tot bescherming van de individuele burger.²³³ De wetgever kent in het procesrecht van de Awb de laatste functie het meeste gewicht toe.²³⁴ Dit komt tot uiting in een ontwikkeling naar een partijenproces waarin de subjectieve rechten van de eiser centraal staan en de rechtsbeschermingdoelstelling voorop staat.²³⁵ Deze functie van het bestuursproces wordt aangeduid als het *recours subjectif*, dat is afgeleid van het Franse *recours de pleine jurisdiction* en houdt onder meer in dat de bestuursrechter er naar streeft het beroep zoveel mogelijk inhoudelijk af te doen. Hiertoe richt de rechter zich op de finale beslechting van geschillen en tracht hij vernietiging op formele gronden zoveel mogelijk te voorkomen.²³⁶

Met deze ontwikkeling is het op rechterlijke controle gerichte proces waarin de bestuursrechter de objectieve rechtmatigheid van het besluit beoordeelt op de

231 Art. 8:6, eerste lid, Awb wijst op deze mogelijkheid.

232 Widdershoven 1987, p. 14.

233 Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 568.

234 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 35.

235 Zie o.a. Brugman 2010, p. 30 t/m 32.

236 Dit wordt de finaliteit van het bestuursprocesrecht genoemd: zie Allewijn 1998, p. 291-298.

achtergrond geraakt.²³⁷ De laatst genoemde functie van het bestuursproces is bekend als het *recours objectif*, welke term is afgeleid van het Franse *recours pour excès de pouvoir*. Het huidige Nederlandse bestuursprocesrecht is te karakteriseren als een mengvorm van beide functies, waarbij de rechtsbeschermingsfunctie voorop staat.

Dat echter ook nu nog discussie bestaat over de vraag welke van de beschreven functies van het bestuursproces centraal dienen te staan, blijkt onder andere uit de hernieuwde aandacht voor de wenselijkheid van de toepassing van het *relativiteitsvereiste* of de *Schutznormleer*.²³⁸ Deze leer houdt in dat als uitgangspunt in het bestuursprocesrecht moet dienen dat het gestelde geschonden belang waarin de eiser beschermd wil worden, door het gestelde geschonden wettelijk voorschrift moet worden beschermd. In het advies van de Raad van State bij het wetsvoorstel voor de Wet aanpassing bestuursprocesrecht²³⁹ merkt de Raad in dit kader op

‘dat voorkomen moet worden dat bestuursrechtelijke rechtsbescherming versmald wordt tot effectieve geschillenbeslechting. Eén van de waarden van het bestuursprocesrecht, die mede verband houdt met de doelstelling van ongelijkheidscompensatie, is de relatieve eenvoud ervan. Enkele in het voorliggende wetsvoorstel opgenomen aanpassingen, die gericht zijn op effectieve beslechting van geschillen, kunnen afbreuk doen aan die waarde. Vooral de invoering van het voorgestelde relativiteitscriterium zal in de praktijk van het bestuursprocesrecht complicaties kunnen opleveren.’

Enkele belangrijke kenmerken van het (Awb)bestuursprocesrecht zijn dat de bestuursrechter *dominus litis* is en daartoe ruime discretionaire bevoegdheden heeft, en dat de rechtspraak in beginsel in twee feitelijke instanties plaatsvindt. Een verplichte procesvertegenwoordiging ontbreekt in het procesrecht van de Awb. Beginselen van behoorlijk procesrecht of goede procesorde²⁴⁰ zoals het beginsel van hoor en wederhoor, het verdedigingsbeginsel en het verbod op misbruik van recht, komen in de Awb tot uiting. Het bestuursprocesrecht kent wel regels van formeel bewijsrecht, maar regels van materieel bewijsrecht ontbreken gedeels.²⁴¹ De rechter heeft grote vrijheid bij het verdelen van de bewijslast, het

237 Deze ontwikkelingen zijn te vinden in het Rapport van de Commissie Rechtsbescherming van de vereniging voor Bestuursrecht: De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, Den Haag 2004, in het bijzonder p. 29 tot 45. Zie ook over de problemen die zich in het Nederlandse bestuursrecht voordoen bij het realiseren van de wens tot finale geschillenbeslechting bijvoorbeeld: Bots 2008.

238 Zie hierover o.a. De Poorter 2010, p. 11, 17 en 29.

239 *Kamerstukken* 2009/10, 32 450, nr. 4, p. 1.

240 De Waard 2001, p. 148 e.v.

241 Zie hiervoor Schlössels, Schuurmans, Koopman & Verburg 2009. Verder over bewijs in het bestuursrecht: Schuurmans 2005. In het bijzonder ten aanzien van de vrije bewijsleer: Pieters 1996, p. 41-52.

bepalen van de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen en het waarderen van bewijsmiddelen.

De regels van bestuursprocesrecht voor de bestuursrechter zijn beschreven in de hoofdstukken 6 tot en met 8 van de Awb en worden toegepast door de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken, de belastingrechter, de Centrale Raad van Beroep, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Andere regels van bestuursprocesrecht voor zowel het beroep als hoger beroep zijn te vinden in bijzondere wetgeving en in de Wet op de Raad van State, de Beroepswet, de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie en de Algemene wet inzake rijksbelastingen. De toepassing van de discretionaire bevoegdheden van de rechter in beroep wordt nader geregeld in de Procesregeling bestuursrecht 2010,²⁴² dat het rechterlijk beleid in dezen weergeeft. Voor de rechtspraak in hoger beroep heeft de Procesregeling bestuursrechterlijke colleges 2006²⁴³ dezelfde functie.

Het wetsvoorstel voor de Wet aanpassing bestuursprocesrecht²⁴⁴ bevat enkele belangrijke wijzigingen in het bestuursprocesrecht en is op moment van schrijven ingediend bij de Tweede Kamer. In dit wetsvoorstel is een reeks voorstellen tot wijziging van het bestuursprocesrecht samengebracht. De voorstellen zijn gericht op het stroomlijnen van procedures en op het bevorderen van een effectieve en definitieve geschilbeslechting, maar ook het concentreren van het bestuursprocesrecht in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is een belangrijk onderdeel van de wijziging. Zo worden de specifiek op het hoger beroep betrekking hebbende regels ondergebracht in hoofdstuk 8 van de Awb, en wordt de mogelijkheid van incidenteel appel in dat hoofdstuk geregeld.

De invoering van een 'bestuurlijke lus' in het bestuursprocesrecht is op moment van schrijven al gerealiseerd.²⁴⁵ Op grond van deze figuur kan de rechtbank het bestuursorgaan in de gelegenheid stellen een gebrek in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen, zodat in bepaalde gevallen kan worden voorkomen dat vernietiging van het besluit plaats dient te vinden die zou leiden tot een forse vertraging in de finale afdoening van het geschil.

Toegang tot de bestuursrechter

Bevoegdheid

De toegang tot de bestuursrechter wordt in nationaal verband onder anderen bepaald door regels over de bevoegdheid van de rechter en over de ontvankelijkheid van het beroep. De Awb schrijft als hoofdregel voor dat de mogelijkheid van

242 *Stcrt.* 2010, nr. 12031.

243 *Stcrt.* 2005, nr. 250. Zie ook de Wijziging Procesregeling bestuursrechterlijke colleges, *Stcrt.* 2009, nr. 19291.

244 www.justitie.nl.

245 Wet van 14 december 2009 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met een regeling voor herstel van gebreken in een besluit hangende beroep bij de bestuursrechter (Wet bestuurlijke lus Awb), *Stb.* 2009, 570. Zie artikel 8:51a Awb.

beroep bij de sector bestuursrecht van de rechtbank slechts wordt geboden aan degene die belanghebbende is bij een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb.²⁴⁶ De zittingsplaats of de relatieve competentie van de bestuursrechter wordt geregeld door artikel 8:7 van de Awb. Als bijzondere wetgeving in formele zin een bijzondere bestuursrechter aanwijst, geniet deze voorrang: de voornoemde regels van bevoegdheid in de Awb zijn gelet op artikel 8:6, eerste lid, van de Awb, 'aanvullend' bedoeld.

De Awb-wetgever gaat bij het afbakenen van de rechtsmacht van de bestuursrechter ten opzichte van de bevoegdheid van in bezwaar en administratief beroep oordelende bestuursorganen uit van de methode van de *algemene formule*.²⁴⁷ Deze methode houdt in dat het voorwerp van bezwaar of beroep in algemene termen wordt omschreven, te weten: een besluit, een beschikking of een handeling. Deze formule is terug te vinden in het uitgangspunt van de Awb dat beroep op de bestuursrechter in de regel openstaat tegen *besluiten*. Artikel 8:1, eerste lid, Awb werkt dit uitgangspunt uit door te bepalen dat een belanghebbende beroep kan instellen bij de rechtbank tegen een *besluit*. De Awb breidt de bevoegdheid van de bestuursrechter om te oordelen over een beroep tegen een besluit uit doordat de Awb bepaalde beslissingen en andere handelingen dan besluiten²⁴⁸ met besluiten gelijk stelt.²⁴⁹ Daarentegen wordt ook een aantal besluiten uitgesloten van het recht van beroep.²⁵⁰

Ontvankelijkheid

De toegang tot de bestuursrechter wordt mede bepaald door de wettelijke eisen aan de ontvankelijkheid van het beroepschrift. Artikel 8:41 van de Awb schrijft voor dat de indiener van een beroepschrift griffierecht betaalt; een zelfde regel geldt voor het hoger beroep. De griffierechtregeling is een resultaat van een afweging van het belang van een laagdrempelige toegang tot de rechtspraak tegen dat van een slagvaardig bestuur en een effectieve en efficiënte rechtsbedeling.²⁵¹ Is het griffierecht niet binnen vier weken bijgeschreven of gestort, dan wordt het beroep niet-ontvankelijk verklaard, tenzij sprake is van een verschoonbaar verzuim van de indiener.

246 Artikel 8:1, eerste lid Awb.

247 Dit in tegenstelling tot de mogelijkheid van de methode van enumeratie (opsomming) waarbij in de basisregeling waarop het bestreden besluit of handelen berust, min of meer nauwkeurig wordt omschreven tegen welke besluiten of handelingen bezwaar of beroep kan worden ingesteld.

248 Zie voor een bespreking van jurisprudentie op dit punt: Larsson 2007, p. 145-167.

249 Zie bijvoorbeeld artikel 6:2 en artikel 8:1, tweede en derde lid, van de Awb.

250 Een beperking van het beroepsrecht tegen besluiten is bijvoorbeeld geregeld in artikel 8:2 Awb dat de mogelijkheid van beroep tegen de in het artikel genoemde besluiten uitsluit, en door artikel 6:3, 8:3, 8:4 en 8:5 van de Awb.

251 Konijnenbelt 2008, p. 604.

Verder wordt het beroep ingediend door middel van een beroepschrift dat aan nadere eisen dient te voldoen, bij gebreke waarvan de bestuursrechter de discretionaire bevoegdheid heeft om de niet-ontvankelijkheid van het beroep uit te spreken. Andere voorwaarden die leiden tot ontvankelijkheid van het beroep bestaan uit het zijn van belanghebbende bij het besluit in de zin van artikel 8:1 jo. artikel 1:2 Awb en het hebben van procesbelang. De laatstgenoemde eis houdt in dat het doel dat appellant met het proces wil bereiken daarmee ook daadwerkelijk kan worden bereikt.²⁵²

Formele rechtskracht

Als niet tijdig beroep wordt ingesteld of het beroep door de bestuursrechter ongegrond is verklaard wordt het besluit in rechte onaantastbaar: het besluit krijgt formele rechtskracht.²⁵³ De bestuursrechter baseert het aannemen van de onaantastbaarheid van het besluit vooral op het rechtszekerheidsbeginsel:²⁵⁴ over de inhoud van het besluit mag niet te lang onzekerheid bestaan. Ook de burgerlijke rechter gaat in deze gevallen uit van de rechtmatigheid van dit besluit wat betreft de inhoud en de wijze van totstandkoming, tenzij zich bijkomende omstandigheden voordoen die zo klemmend zijn dat een uitzondering moet worden geaccepteerd.²⁵⁵

Voor het nationale recht is van belang dat het Hof van Justitie van de EU heeft geoordeeld over de vraag of een bestuursorgaan verplicht is terug te komen op een onherroepelijk besluit als het besluit berust op een uitleg van het EU-recht die door een nadien gewezen arrest van het Hof onjuist is gebleken. Het Hof oordeelde dat een bestuursorgaan ingevolge het in artikel 10 EG²⁵⁶ vervatte samenwerkingsbeginsel een definitief geworden besluit desgevraagd opnieuw moet onderzoeken zodat rekening kan worden gehouden met de uitleg die het Hof inmiddels aan de relevante bepaling heeft gegeven.

Deze plicht bestaat onder een aantal voorwaarden. Zo moet het bestuursorgaan naar nationaal recht bevoegd zijn om op dat besluit terug te komen, het in geding zijnde besluit moet definitief zijn geworden als gevolg van een uitspraak van een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, en deze nationale uitspraak berust, gelet op latere rechtspraak van het Hof, op een onjuiste uitleg van het EU-recht zonder dat het Hof is verzocht om een prejudiciële beslissing. De betrokkene moet zich bovendien onmiddellijk na van die Europese rechtspraak kennis te hebben genomen tot het bestuursorgaan hebben gewend.²⁵⁷

252 Zie hiervoor: Koenraad & Verbeek 2003.

253 Van der Linden 1998.

254 ABRvS 16 november 2005, AB 2006, 138 (*Laurus*).

255 Zie de standaardarresten voor deze leer: HR 16 mei 1986, AB *Klassiek* nr. 21; NJ 1987, 723 (*Heesch van den Akker*).

256 Het huidige artikel 4, derde lid van het VEU.

257 Zaak C-453/00, *Kühne & Heitz*, Jur. 2004, p. I-00837, AB 2004, 58.

Artikel 6:13 Awb en trechterwerking

De Awb bepaalt dat geen beroep kan worden ingesteld – en later ook geen hoger beroep- tegen een op bezwaar of administratief beroep genomen besluit door een belanghebbende aan wie redelijkerwijs kan worden verweten (...) geen bezwaar te hebben ingesteld tegen het oorspronkelijke besluit (artikel 6:13 en artikel 6:24 Awb).

De bedoeling van de wetgever is geweest een *onderdelentrechter* neer te leggen in artikel 6:13 Awb.²⁵⁸ Dit houdt in dat de belanghebbende zo vroeg mogelijk dient aan te geven met welke onderdelen van het besluit hij zich niet kan verenigen. In een latere fase van de procedure wordt de omvang van het geding in beginsel niet meer uitgebreid, tenzij hem redelijkerwijs niet kan worden verweten niet eerder tegen een onderdeel te zijn opgekomen, dan wel indien sprake is van een zodanige samenhang tussen de verschillende onderdelen van een besluit dat dit als één en ondeelbaar moet worden beschouwd.²⁵⁹ Ten aanzien van een mogelijke *grondenfuik* in bezwaar oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak in tegenstelling tot vroegere rechtspraak:

*‘noch uit de wet noch uit enig rechtsbeginsel vloeit voort dat de gronden die niet expliciet in bezwaar worden aangevoerd, vanwege die enkele omstandigheid buiten de inhoudelijke beoordeling van het beroep zouden moeten blijven. Nu in dit geval de betrokken beroepsgrond direct verband houdt met datgene wat in de beslissing op bezwaar is overwogen, is er geen reden waarom de Afdeling niet mede op grondslag daarvan uitspraak zou moeten doen.’*²⁶⁰

Ook gronden die na het nemen van het besluit op bezwaar zijn aangevoerd en niet als zodanig in bezwaar naar voren zijn gebracht kunnen dus volgens de Afdeling bestuursrechtspraak - binnen de grenzen van de wet en de goede procesorde - bij de beoordeling van het beroep worden betrokken.²⁶¹ Dit onder de voorwaarde dat de gronden zien op een reeds ter discussie gesteld besluitonderdeel.

De Centrale Raad van Beroep nam en neemt in het algemeen geen grondenfuik aan,²⁶² evenmin als een *bewijsfuik*²⁶³ bij het inbrengen van nadere bewijsstukken in (hoger) beroep, tenzij de beginselen van een behoorlijke procesorde beperkingen aan het aanleveren van nieuwe bewijsstukken stellen. De rechtspraak van

258 Het artikel houdt ook in dat een belanghebbende – tenzij hem geen verwijt treft – niet een eerdere fase van de procedure mag overslaan (de zgn. partijenfuik).

259 CRvB 27 november 2007, de *Gst.* 2008, nr. 7292, 36 (*Indicatiebesluit AWBZ*).

260 ABRvS 15 november 2004, *AB* 2005, 26.

261 Dit gegeven geldt ook bepalingen van EU-recht, zie hiervoor ABRvS 20 augustus 2003, *AB* 391 (*Immobilisatietechniek*).

262 CRvB 7 september 2004, *JB* 378 (*Lichtenvoorde*).

263 CRvB 20 augustus 2003, *AB* 2004, 13.

de Afdeling bestuursrechtspraak gaat onder omstandigheden wel uit van een bewijsfuik,²⁶⁴ zij het dat deze figuur op zijn retour lijkt te zijn.

Het instellen van beroep ten slotte heeft geen schorsende werking, tenzij dit anders is geregeld in bijzondere bestuurswetgeving of wanneer een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 Awb is verkregen die tot schorsing strekt.

Omvang van het geding

Het gegeven dat het voorwerp van het geding in de meeste gevallen een besluit is, heeft gevolgen voor de omvang van het geding en de rechterlijke uitspraakbevoegdheden. De bestuursrechter beoordeelt binnen de grenzen van het geding of het besluit (on)rechtmatig is, dat wil zeggen: of het besluit (ten aanzien van bevoegdheid, procedure en inhoud) in strijd is met het geschreven of ongeschreven recht. Indien sprake is van onrechtmatigheid oordeelt de rechter dat het beroep gegrond is en wordt het besluit door de rechter vernietigd waardoor het besluit met terugwerkende kracht uit de rechtsorde verdwijnt.

De grenzen van het geding worden in hoge mate bepaald doordat in beginsel slechts beroep tegen *besluiten* is opengesteld (zie hiervoor) en de partijen door middel van de aangevoerde beroepsgronden aangeven welke vragen zij aan de orde willen stellen.²⁶⁵ Daarnaast beoordeelt de bestuursrechter het beroep in beginsel *ex tunc*, dat wil zeggen: met inachtneming van de op het moment van bestuurlijke besluitvorming bestaande relevante feiten en omstandigheden en met inachtneming van het toen geldende recht.²⁶⁶ Er zijn echter uitzonderingen op deze regel. Artikel 83 van de Vreemdelingenwet 2000 bijvoorbeeld gaat uit van een *ex nunc* toetsing in beroep. Sinds de herziening van de Vw 2000 op 1 juli 2010 dient de rechter bij de beoordeling van het beroep echter anders dan vóór die datum, onder meer rekening te houden met wijziging van beleid die na het bestreden besluit heeft plaats gevonden. Een belangrijke reden voor deze wijziging was de strikte toepassing van artikel 83 Vw 2000 door de bestuursrechter.

De omvang van het geding wordt (mede) bepaald door artikel 8:69, eerste lid van de Awb dat voorschrijft dat de rechter de bevoegdheid heeft om naast op grond van het beroepschrift (ook) recht te doen op grond van de stukken, het verhandelde ter zitting en hetgeen in het vooronderzoek naar voren is gekomen. De rechter toetst in ieder geval ambtshalve aan voorschriften van *openbare orde*.²⁶⁷ Deze voorschriften bestaan in hoofdzaak uit bepalingen over de bevoegdheid van de rechter zelf, de ontvankelijkheid van de appellant en de bevoegdheid van het

264 Bijv. ABRvS 13 februari 2002, AB 123 (*Turks vermogen*). Zie hierover ook Schlössels, Schuurmans, Koopman, & Verburg 2009. Zie ook ABRvS 14 januari 2009, JB 2009/124, m.nt. R.J.N. Schlössels.

265 Niet aangevochten onderdelen blijven daardoor buiten het toetsingsbereik van de rechter: *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 141. Voorbeeld: ABRvS 21 april 2004, JB 231 (*Marktbedrijf T. Post en Zonen BV*).

266 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 36.

267 ABRvS 2 maart 2004, AB 152. Zie Brugman 2005, p. 265-277.

bestuursorgaan. Bovendien moet de rechter ambtshalve bezien welk recht op het geschil van toepassing is en of de van toepassing zijnde regeling verbindend is.²⁶⁸

Rechtstreeks werkende bepalingen van EU-recht worden in beginsel niet van openbare orde geacht²⁶⁹ tenzij uit de EU-regeling zelf blijkt dat er ambtshalve aan dient te worden getoetst,²⁷⁰ of als het HvJ EU dat heeft beslist.²⁷¹ Zie verder hoofdstuk 2, paragraaf 4.4.4 voor een bespreking van rechtspraak van het HvJ EU over de ambtshalve toetsing in Nederland ingeval sprake is van rechtstreeks werkende bepalingen van EU-recht.

Naast de plicht tot ambtshalve toetsing aan voorschriften van openbare orde, dient de Nederlandse bestuursrechter op grond van artikel 8:69, tweede lid van de Awb de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen,²⁷² en heeft hij op grond van het derde lid van die bepaling de discretionaire bevoegdheid om de feiten aan te vullen. Ambtshalve aanvulling van *rechtsgronden* is in feite niets anders dan de 'vertaling' van feitelijke beroepsgronden in rechtsgronden. De aanvulling van de rechtsgronden geschiedt door de rechter, omdat het uitgerekend zijn taak is om uit te zoeken welk recht op het geschil van toepassing is.²⁷³ De rechter past dus ook het recht toe dat de indiener van het beroep *niet* heeft genoemd. Dit geldt ook voor de toepassing van het EU-recht. Deze toepassing beperkt zich echter wel tot de aan de door de eiser voorgelegde geschilpunten en gaat bijvoorbeeld niet zover dat een onjuiste rechtsgrondslag voor een besluit van een bestuursorgaan door de rechter wordt gecorrigeerd.

De Centrale Raad van Beroep vat de ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden ruim op:

*'Onder het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden is begrepen het bij de toetsing betrekken van besliscomponenten die weliswaar niet uitdrukkelijk door de aangevoerde beroepsgronden worden bestreken, maar die daarmee zo nauw zijn verweven dat toetsing daarvan niet achterwege kan blijven.'*²⁷⁴

Ten slotte dient te worden opgemerkt dat de toetsing wordt bepaald (en beperkt) door het rechtszekerheidsbeginsel omdat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de rechter een zeer beperkte mogelijkheid heeft om een uitspraak te doen die de

268 ABRvS 3 mei 2006, JB 189; ABRvS 2 augustus 2006, AB 2007, 27 (Woonschepen Emmen).

269 ABRvS 2 maart 2004, JB 151 (*Rechtmatig verblijf in Nederland*).

270 Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2002, p. 72 e.v.

271 Zaak C-126/97, *Eco Swiss, Jur.* 1999, p. I-3055, NJ 2000/339.

272 Zie voor deze omstandigheden bijvoorbeeld: CRvB 27 mei 1998, AB 1998, 367 (*ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden*). En verder: Kooper 2000, p. 167.

273 Een voorbeeld is te vinden in ABRvS 13 juli 2004, JV 2004/352: de Afdeling oordeelt dat de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie een asielaanvraag ten onrechte had beoordeeld met toepassing van de Overeenkomst van Dublin, in plaats van met toepassing van de Dublinverordening.

274 CRvB 17 april 2007, 05/1368 WAO, n.g.

insteller van het beroep in een slechtere positie brengt (verbod van *reformatio in peius*).²⁷⁵ Zo moet de bestuursrechter die tot de conclusie komt dat een aangevalen besluit tot korting van een uitkering rechtmatig is, niet tot het oordeel komen dat *in het geheel* geen recht bestond op een uitkering. Als de rechter toch tot de conclusie komt dat in het geheel geen recht bestond op een uitkering, mag de rechter niet tot vernietiging overgaan en/of de rechtsgevolgen in stand laten.²⁷⁶

Toetsingsintensiteit

Hiervoor (zie onder *Bestuursprocesrecht*) is geconstateerd dat onder de Awb een ontwikkeling plaatsvindt van toetsing van een bestuursbesluit (rechtmatigheidscontrole) naar individuele en finale geschillenbeslechting met betrekking tot een besluit van een bestuursorgaan.²⁷⁷ Het besluit blijft in deze nieuwe situatie van belang ter vaststelling van de buitengrenzen van het geding, maar de rechterlijke activiteiten zijn nu meer gericht op de in de literatuur beschreven beslissingsmomenten: de vaststelling van feiten en de toepassing van rechtsregels, *voor zover* dit noodzakelijk is om het geschil finaal en bindend te beslechten.²⁷⁸

De intensiteit van de toetsing wordt in rechtspraak en literatuur onderscheiden in 'vol' of 'marginaal'. In het geval van een volle toets doet de rechter de beoordeling van het bestuursorgaan (ook) wat betreft de kwalificatie van de feiten over. Een marginale toets houdt in dat de rechter in zijn oordeel afstand houdt tot de beslissing van het bestuursorgaan ingeval sprake is van beleids- of beoordelingsvrijheid, en is karakteristiek voor het Nederlandse bestuursrecht.

In het kader van deze toets zal hij wel zelf de juistheid van de feiten dienen vast te stellen.²⁷⁹ De feitenvaststelling wordt door de rechter in beginsel vol getoetst vanwege de in het bestuursrecht erkende wens tot het streven naar materiële waarheidsvinding²⁸⁰ en de gewenste actieve opstelling van de bestuursrechter. De wijze van feitenvaststelling door het bestuursorgaan wordt weliswaar vol getoetst, maar de rechter zal in de praktijk toch enige ruimte laten:²⁸¹ als de juistheid niet is aangevochten kan de rechter zich immers wel verlaten op het standpunt van het bestuursorgaan, maar als het standpunt wel wordt bestreden, moet de rechter de juistheid van de feiten aan de hand van de beschikbare bewijsmid-

275 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 142.

276 Voorbeeld ontleend aan Brugman 2010, p. 118.

277 Van Male 2007, p. 58. Verder: Commissie rechtsbescherming van de Vereniging voor bestuursrecht, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag 2004, p. 29-45. In rechtsvergelijkend perspectief in preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking: Willemsen 2008.

278 Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 528.

279 Klap 2007, p. 184 en 185; Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 15; ook: ABRvS 14 december 2005, *AB* 2006, 351, m.nt. Damen, waarin de feitenvaststelling door het bestuursorgaan marginaal wordt getoetst.

280 Zie hiervoor Schlössels, Schuurmans, Koopman & Verburg 2009.

281 Schuurmans 2005, p. 270-272.

delen en na de bewijswaardering²⁸² vaststellen.²⁸³ In dit geval kan van rechterlijke terughoudendheid geen sprake zijn, omdat een bestuursorgaan ten aanzien van de vaststelling van de juiste feiten naar zijn aard geen discretionaire bevoegdheid kan hebben.²⁸⁴

Ook de norminterpretatie wordt vol getoetst omdat de interpretatie van de wet onderdeel is van de rechterlijke toetsingstaak. De uitleg van wettelijke voorschriften die de discretionaire bevoegdheden normeren moeten dus, overigens evenals de waardering van de feiten in dit licht, vol worden getoetst. De bestuursrechter komt bij de kwalificatie van feiten een vol oordeel toe, tenzij de regelgever het anders heeft gewild, bijvoorbeeld door het expliciet toekennen van beoordelingsvrijheid. Ook in het geval van beleidsvrijheid dient de rechter de juistheid van de feiten vol te toetsen. Op grond van rechtspraak van het Hof van Justitie staat buiten kijf dat de lidstaten hun handelingsvrijheid niet zo mogen gebruiken dat afbreuk wordt gedaan aan het doel van het van toepassing zijnde EU-recht.²⁸⁵ De rechter is dus ook gebonden aan deze norm bij de toetsing van overheidsbesluiten die worden genomen in de uitvoering van hun discretionaire bevoegdheden.

Rechtspraak en kritiek

De marginale toets van discretionaire besluiten is geïntroduceerd in een arrest van de Hoge Raad uit 1949.²⁸⁶ Ook uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 3:4, tweede lid, van de Awb blijkt dat de rechter, hoewel deze bepaling niet tot de rechter is gericht, zich in beginsel dient te houden aan een marginale toets van overheidsbesluiten met beleids- of beoordelingsvrijheid.²⁸⁷ Of sprake is van beleids- of beoordelingsruimte dient uit de wet of wetsgeschiedenis te worden opgemaakt, of uiteindelijk door de rechter te worden bepaald.²⁸⁸ De Afdeling bestuursrechtspraak heeft bevestigd dat de rechter de uitoefening van een bevoegdheid met beleidsvrijheid terughoudend dient te toetsen. Slechts als de afweging van betrokken belangen zodanig onevenwichtig is, dat moet worden geoordeeld dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen, kan worden geconcludeerd dat in strijd met artikel 3:4, tweede lid van de Awb is gehandeld.²⁸⁹ Een aantal auteurs is van mening dat de bestuursrechter, en in het bijzonder de Afdeling, uit het oogpunt van rechtsbescherming te terughoudend toetst. Dit geldt niet alleen voor het Unierecht. Simon bijvoorbeeld oor-

282 ABRvS 17 oktober 2007, AB 363 (*Aanvang loodsanering*).

283 Zie over dit onderwerp: De Graaf, Schuurmans & Tollenaar 2007, p. 3-16.

284 Zie Schuurmans 2005, p. 273.

285 Zaak C-578/08, *Chakroun*, uitspraak van 4 maart 2010, JV 2010/177.

286 HR 25 februari 1949, NJ 1949, 558; AB Klassiek, Deventer: Kluwer 2003, nr. 8, m.nt. Stroink (*Doetinchemse woonruimtevoordering*).

287 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 221, nr. 5 (MvA), p. 55 en 58-60.

288 Schlössels 1999, p. 73-113.

289 ABRvS 9 mei 1996, JB 1996, 158, m.nt. Stroink (*Kwantum*).

deelt dat een standaard toegepaste marginale toetsing in strijd is met de artikelen 6 en 13 van het EVRM,²⁹⁰ maar andere auteurs vinden dit oordeel te ver gaan. Het EHRM oordeelt wel dat de nationale rechter een enigszins inhoudelijke toetsing moet verrichten die verder gaat dan een controle of het besluit in overeenstemming met de wet is genomen, maar dit betekent niet dat de uitoefening van een bevoegdheid met *beleidsvrijheid* niet marginaal door de rechter mag worden getoetst.²⁹¹ Het EHRM lijkt bij de toetsing van de toepassing van de bevoegdheid met *beoordelingsvrijheid* wel eerder aan te nemen dat een minder marginale toets op zijn plaats is. Het is echter niet duidelijk hoe ver deze invulling van de toets gaat.

Gerards signaleert dat de intensiteit van de rechterlijke toets mede kan worden beïnvloed door de aard van het belang dat in het geding is, bijvoorbeeld in geval van door de klassieke grondrechten beschermde belangen.²⁹² In sociale verzekeringszaken toetst de rechter de invulling van bepaalde begrippen als 'passende arbeid' vol, hoewel in dezen sprake is van een normatief begrip waar een terughoudende toets geldt. De gedachte is dat de grote behoefte aan rechtsbescherming in zaken als deze waar de bestaanszekerheid in het geding is, om een meer indringende rechterlijke toetsing vraagt.²⁹³

De vraag of de marginale toetsing die de rechtspraak meer in het bijzonder die van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in het Nederlandse vreemdelingenrecht heeft ontwikkeld, voldoet aan het gemeenschapsrechtelijke beginsel van effectieve rechterlijke bescherming tegen beslissingen die de lidstaten nemen ter uitvoering van het EU-recht, komt in de Europese (en nationale) rechtspraak aan de orde.²⁹⁴ In Nederland heeft de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak ook in vreemdelingenzaken geleid tot kritiek van rechtshulpverleners, wetenschappers en een deel van de rechterlijke macht. Deze kritiek betreft onder andere de inperking van de rechterlijke toetsing door de rechtspraak van de Afdeling,²⁹⁵ bijvoorbeeld omdat de rechter op grond van deze rechtspraak de geloofwaardigheid van het asielrelaas niet indringend mag beoordelen.²⁹⁶

De kritiek op de rol van de Afdeling is niet nieuw:²⁹⁷ al bij de introductie van de Vw 2000 en het hoger beroep in vreemdelingenzaken bij de Afdeling werd door een aantal auteurs geconstateerd dat de interpretatie van de wet en de ma-

290 Simon 1999, p. 1187 e.v.

291 Verhey 2004.

292 Gerards 2002, p. 94-96.

293 Zie over deze materie Klap 1994.

294 Zie bijvoorbeeld zaak C-327/02, *Panayotova*, RV 2004/94; Zie ook EHRM 5 juli 2005, EHRC 2005/93 m.nt. A. Woltjer (*Said v. Nederland*).

295 Zie ook ABRvS 12 september 2007, JV 2007/478, m.nt. Spijkerboer.

296 Groenendijk 2008, p. 12-14.

297 Zie Spijkerboer 2002, hoofdstuk 7 'Het gouvernementele rechterlijk activisme van de Afdeling'.

nier waarop de Afdeling de wettelijke bepalingen inzake het grievensstelsel heeft toegepast tot essentiële veranderingen heeft geleid. De polemiek betreft onder andere de intensiteit van de toetsing van de feiten die aan een (asiel)besluit ten grondslag liggen, het rechterlijk oordeel over de belangenafweging door het bestuur, de trechterwerking en artikel 4:6 Awb, en het niet toetsen aan artikel 8 EVRM bij de mvv-plicht.²⁹⁸ In zijn dissertatie signaleert Leemans ook buiten het vreemdelingenrecht kritiek op de rechtspraak²⁹⁹ ten aanzien van de wijze van toetsing,³⁰⁰ de omvang van het geding, waaronder de toepassing van een argumentatieve en bewijstrechter,³⁰¹ en het grote aantal vernietigingen op formele gronden waardoor het geschil niet definitief wordt beslecht.³⁰²

De uitspraak en de dicta

De rechter doet een schriftelijke uitspraak, in de regel binnen 6 weken na het voltooien van het onderzoek tenzij de rechter mondeling uitspraak doet. Artikel 8:70 Awb noemt de mogelijke dicta: onbevoegdverklaring van de rechtbank; niet-ontvankelijkheid; ongegrondverklaring van het beroep; gegrondverklaring van het beroep.

Onbevoegdverklaring volgt als het geschil niet door de betreffende bestuursrechter of door een andere bestuursrechter dient te worden beoordeeld omdat het bestreden besluit niet onder de rechtsmacht van de bestuursrechter valt; de eiser kan zich in dit geval tot de burgerlijke rechter wenden. Is wel een andere bestuursrechter bevoegd dan de bestuursrechter tot wie het beroepschrift is gericht, dan dient deze rechter het beroepschrift op grond van artikel 6:15 Awb door te zenden aan de bevoegde bestuursrechter. Als de bestuursrechter bevoegd is maar geen inhoudelijk oordeel zal kunnen geven zal niet-ontvankelijkheid van het beroep worden uitgesproken (zie hiervoor onder *Ontvankelijkheid*). Ongegrondverklaring volgt als de aangevoerde gronden geen doel treffen en ook ambtshalve geen onrechtmatigheid kan worden vastgesteld die tot vernietiging van het besluit zou moeten leiden.

Als de uitspraak leidt tot gegrondverklaring van het beroep moet – gelet op het motiveringsbeginsel³⁰³ – in de uitspraak worden beschreven welke geschreven of ongeschreven rechtsregel, of welk algemeen rechtsbeginsel is geschonden.

Gegrondverklaring wordt uitgesproken indien de rechter het bestreden besluit ambtshalve of op een of meer aangevoerde gronden onrechtmatig oordeelt, en heeft tot gevolg dat het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk dient te worden vernietigd. De vernietiging ontnemt in beginsel met terugwerkende kracht de

298 Boeles 2008 en Hoogvliet 2008.

299 Leemans 2008, p. 41.

300 Van der Linden 2006. Tevens: Schuurmans 2005, p. 264-293.

301 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 106-121.

302 Zie bijvoorbeeld Marseille 2004. Verder: Polak 2000.

303 Dit beginsel richt zich niet alleen tot het bestuur maar ook tot de rechter. Zie hierover: Waaldijk 1994.

rechtsgevolgen aan het bestreden besluit, en het vernietigde besluit wordt geacht juridisch niet te hebben bestaan (8:72, eerste en tweede lid, Awb). De *feitelijke* gevolgen van het vernietigde besluit worden niet aangetast.

Uit de systematiek van de Awb volgt dat het vernietigde besluit in beginsel meestal het in bezwaar of in administratief beroep genomen besluit is. In de regel zal het bestuursorgaan een nieuwe beslissing op bezwaar of administratief beroep dienen te nemen, maar de rechter beschikt op grond van artikel 8:72 Awb over een aantal bevoegdheden om het geschil af te doen. Zo kan de rechter op grond van het vierde lid, onder c van laatstgenoemde bepaling beslissen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of van het vernietigde gedeelte ervan. De mogelijkheid tot dit 'zelf in de zaak voorzien' wordt door velen gezien als een belangrijke mogelijkheid tot effectieve en doelmatige geschilbeslechting.³⁰⁴ Deze en andere mogelijkheden tot finale geschillenbeslechting moeten door de rechter worden onderzocht.³⁰⁵

Het 'zelf in de zaak voorzien' is echter gelet op de *trias politica* en de eigen aard van de rechterlijke functie theoretisch slechts mogelijk indien rechtens nog maar één besluit kan worden genomen.³⁰⁶ De actuele bestuursrechtspraak laat echter een ruimere benadering zien, die door sommige auteurs kritisch wordt ontvangen.³⁰⁷

De bestuurlijke lus

Het streven naar finaliteit blijkt ook uit de op 1 januari 2010 inwerking getreden Wet bestuurlijke lus³⁰⁸ die tot gevolg heeft gehad dat de rechtsfiguur bestuurlijke lus in de Awb is opgenomen. Met deze regeling wordt beoogd om naar aanleiding van een tussenuitspraak, formele gebreken in een besluit door het bestuursorgaan te laten herstellen en de rechter in de einduitspraak te laten oordelen over dit herstel.³⁰⁹ Voorbeeld van deze gebreken zijn het ontbreken van een motivering en het verrichten van ondeugdelijk feitenonderzoek door het bestuursorgaan. Tijdens het vooronderzoek maar ook tijdens het onderzoek ter zitting kan de rechtbank het bestuursorgaan in de gelegenheid stellen dit gebrek te helen door het doen van een tussenuitspraak waarin de opdracht tot herstel is verwoord (artikel 8:51a Awb). Voorwaarde voor de toepassing van deze bevoegdheid is wel dat belanghebbenden die geen partij zijn daardoor niet onevenredig worden benadeeld. De regeling van de bestuurlijke lus kan echter ook leiden tot procestechnische complicaties zoals de duiding van de verhouding tussen de tussenuitspraak en de einduitspraak. Bovendien kan het vertrouwen van de burger in de

304 Zie bijv. Van Angeren 2007, p. 16 e.v.

305 ABRvS 12 augustus 2009, AB 2009, 368, m.nt. B.W.N. de Waard.

306 Bijvoorbeeld ABRvS 1 april 1996, AB 1996, 321 (*Hoefsmederij Haaksbergen*).

307 Damen 2010, p. 275.

308 *Stb.* 2009, 597.

309 Zie Collignon 2010, p. 395.

bestuursrechtspraak worden ondergraven doordat de schijn wordt gewekt dat het bestuursorgaan in samenspel met de rechter zijn besluit kan wijzigen.³¹⁰

Voorlopige voorziening

Op grond van artikel 6:16 van de Awb schort het instellen van bezwaar of beroep de werking van het besluit niet op, tenzij de wet schorsende werking verleent, dan wel de rechter het bestreden besluit schorst.³¹¹

De rechter kan op verzoek op grond van artikel 8:81 Awb een *voorlopige voorziening* treffen.³¹² Voorwaarde voor ontvankelijkheid van het verzoek is dat een ontvankelijk (hoger)beroep bij de bevoegde bestuursrechter is ingesteld, of dat een ontvankelijk bezwaar of administratief beroep is ingediend (het connexiteitsvereiste). Een voorlopige voorziening kan inhouden dat het bestreden besluit wordt geschorst en heeft dan tot gevolg dat de werking van de rechtsgevolgen van het besluit wordt opgeschort. Een *positieve* voorlopige voorziening kan tot gevolg hebben dat voor de verzoeker voorlopig een gunstiger rechtsregime geldt dan bij het bestreden besluit is vastgesteld. De voorlopige voorziening kan gelet op artikel 8:81, lid 1 Awb worden getroffen indien onverwijlde spoed dat, gelet op de betrokken belangen, vereist. Deze belangenafweging *kan* betrekking hebben op een mogelijk voorlopig oordeel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit, maar de voorzieningenrechter kan dit oordeel ook overlaten aan de bodemrechter.³¹³ De bestuursrechter is terughoudend als het gaat om een verzoek een voorziening te treffen die inhoudt dat een bestuursorgaan een financiële bijdrage uitbetaalt. Een dergelijke maatregel kan alleen worden getroffen als sprake is van bijzondere, klemmende omstandigheden in verband waarmee het voor verzoeker onevenredig bezwaarlijk zou zijn om de uitspraak in het bodemgeschil te moeten afwachten.³¹⁴ De voorzieningenrechter kan een nationale maatregel die tot uitvoering van het gemeenschapsrecht strekt echter slechts onder strikte in de rechtspraak van het Hof van Justitie gehanteerde voorwaarden schorsen.³¹⁵ De uitspraak van de voorzieningenrechter strekt gelet op artikel 8:84, lid 2, Awb tot onbevoegdverklaring van de voorzieningenrechter; niet-ontvankelijkverklaring van het verzoek; afwijzing van het verzoek; of gehele of gedeeltelijke toewijzing van het verzoek. Indien de voorzieningenrechter van oordeel is dat na de zitting nader onderzoek redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak, kan hij onmiddellijk uitspraak doen in de hoofdzaak (artikel 8:86, eerste lid, Awb).

310 Schlössels 2008, p. 267-268. Zie ook Schueler 2008, p. 786 e.v.

311 Deze hoofdregel geldt ook in hoger beroep.

312 Zie bijvoorbeeld Daalder & Heinrich 2005, p. 43-56.

313 Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 februari 2000, AB 211.

314 Bijvoorbeeld ABRvS 7 november 1996, AB 1997, 415 (*Bijdrage huisvesting gehandicapten*). Voorzieningenrechter CBB 28 januari 2005, AB 194 (KPN) en Voorzieningenrechter CBB 8 maart 2005, JB 161 (*Enertel e.a.*);

315 Gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, Jur. 1991, p. I-534.

Er is geen hoger beroep mogelijk tegen een voorlopige voorziening.³¹⁶ In hoger beroep in de bodemzaak kan echter wel weer een voorlopige voorziening worden gevraagd aan de voorzieningenrechter van de hogerberoepsinstantie.³¹⁷

Hoger beroep

Het hoger beroep tegen een uitspraak van de rechtbank in de zin van afdeling 8.2.6 of artikel 8:86 van de Awb staat ingevolge artikel 47 van de Wet op de Raad van State open op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, tenzij het College van Beroep voor het bedrijfsleven of de Centrale Raad van beroep bevoegd is. Bij de laatst genoemde rechter kan in zaken als sociale zekerheid, studiefinanciering en ambtenarenrecht gelet op artikel 18 van de Beroepswet hoger beroep worden ingesteld.³¹⁸

Het instellen van hoger beroep tegen een einduitspraak heeft in de regel geen schorsende werking (artikel 6:16 jo artikel 6:24 Awb), maar het is wel mogelijk om hangende het hoger beroep aan de voorzieningenrechter van de Afdeling een voorlopige voorziening te vragen (artikel 49 Wet op de Raad van State jo. art. 8:81 Awb).³¹⁹ De artikelen 53 tot en met 57 van de Wet op de Raad van State bepalen de uitspraakbevoegdheden en verwijzingsmogelijkheden van de Afdeling.

De regels voor de omvang van het hoger beroep zijn niet altijd duidelijk omdat de wettelijke regeling ten aanzien van dit onderwerp beperkt is. De Afdeling oordeelt dat de omvang van het geding in grote mate wordt bepaald door de omvang van het geding zoals dit door partijen in eerste aanleg is afgebakend.³²⁰ De gronden in appel bepalen de nadere grenzen van het geding.

In de bestuursrechtspraak wordt aangenomen dat gronden of grieven tegen het bestreden besluit in een eerder stadium aangevoerd hadden kunnen worden. De Afdeling oordeelt dat de gronden in het algemeen niet voor het eerst in hoger beroep aan de orde kunnen worden gesteld omdat het hoger beroep gericht behoort te zijn tegen de uitspraak van de rechtbank.³²¹ Deze regel lijdt slechts uitzondering als de aangevoerde bezwaren niet eerder naar voren konden worden gebracht.³²² Ook rechtstreeks werkende verdragsbepalingen en gronden die aan

316 Behoudens de doorbreking van het appèlverbod, zie bijvoorbeeld B.W.N. de Waard, Doorbreking van appèlverboden, *JBPlus*, p. 98.

317 Zie ook: Besselink 2000, p. 54 – 65.

318 Andere – in dit verband minder relevante – hogerberoepsinstanties zijn het College van Beroep voor het bedrijfsleven (economisch bestuursrecht); de Gerechtshoven (belastingzaken op grond van de Algemene wet inzake rijksbelastingen) en het Hof Leeuwarden (verkeersovertreden op grond van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften).

319 Zie bijvoorbeeld Besselink 2005, p. 86 e.v.

320 ABRvS 21 juni 2006, *AB* 339 (*Eigen woning*). Van de Griend 2007, p. 279-303.

321 ABRvS 9 augustus 2006, *AB* 340 (*Franeckerdeelt*).

322 ABRvS 24 april 1997, *AB-kort* 341.

het EU-recht worden ontleend³²³ zijn volgens de Afdeling niet van de argumentatieve fuik in hoger beroep uitgezonderd.³²⁴ Een mogelijke bewijsfuik op grond waarvan het overleggen van nieuw bewijsmateriaal in hoger beroep niet is toegestaan, wordt door de Afdeling soms wel en soms niet gehanteerd. Een ander te noemen aspect is dat in hoger beroepszaken in beginsel geen eigen onderzoek wordt gedaan naar de feiten.³²⁵ Dit heeft tot gevolg dat de mogelijkheid tot herstel van fouten in hoger beroep gering is.³²⁶

De Commissie evaluatie Awb II (Commissie Boukema) heeft gepleit voor het invoeren van incidenteel hoger beroep³²⁷ en inmiddels is de Wet aanpassing bestuursprocesrecht ingediend, die incidenteel appel voor het gehele bestuursrecht mogelijk wil maken. Incidenteel appel is een rechtsmiddel voor de door de rechtbank in het gelijk gestelde partij. Met dit middel kan deze alsnog – ook na het verstrijken van de hoger beroepstermijn – in hoger beroep komen als de in het ongelijk gestelde partij dit heeft gedaan.³²⁸ De Afdeling accepteert een incidenteel ingesteld hoger beroep alleen als sprake is van een onlosmakelijk verband tussen de ‘eigen’ gronden van gedaagde en de door appellant in hoger beroep aangevoerde gronden, en leidt ertoe dat de Afdeling een (informeel) incidenteel hoger beroep vrijwel nooit toelaat. De Afdeling volstaat doorgaans met de constatering dat de Awb of de bijzondere wet voor het toelaten van het incidenteel hoger beroep geen grondslag biedt.³²⁹ Het ontbreken van de mogelijkheid van dit incidenteel appel vormt soms een complicatie in het bestuursprocesrecht.³³⁰

Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter

De bestuursrechter biedt niet tegen alle onrechtmatige overheidshandelingen rechtsbescherming. Zo is in de regel geen beroep mogelijk tegen feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen, maar ook bepaalde besluiten in de zin van de Awb zijn uitgesloten van de mogelijkheid van beroep. In dat geval verleent de burgerlijke rechter aanvullende rechtsbescherming.³³¹

De bevoegdheid van de burgerlijke rechter is gebaseerd op artikel 112, eerste lid, van de Grondwet dat aan de rechterlijke macht de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen opdraagt. In het arrest *Gulde-*

323 ABRvS 21 juni 2006, AB 339 (*Vogelrichtlijn*).

324 ABRvS 12 juli 2006, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, AB 338 (8 EVRM).

325 Marseille 2003, p. 1062-1069; Marseille, De Graaf & Smit 2007, p. 153-155.

326 Zie ook Schreuder-Vlasblom 1998, p. 213.

327 Commissie Boukema, *Stcrt.* 2001, 250.

328 Zie voor een bespreking van het incidenteel hoger beroep: Bots 2008.

329 Bijvoorbeeld ABRvS 30 januari 2008, AB 2008, 151, m.nt. Michiels.

330 ABRvS 12 december 2001, AB 2002, 61.

331 Zie voor een kort en helder overzicht van de toegang tot de burgerlijke rechter: Schutgens 2009, p. 19-33.

*mond/Noordwijkerhout*³³² heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de rechterlijke macht bevoegd is van een geschil kennis te nemen als de eiser *stelt* geschonden te zijn in een burgerlijk recht dat hij aan zijn vordering ten grondslag legt.

De niet-ontvankelijkheid van het verzoek wordt als hoofdregel uitgesproken voor zover tegen het bestuur een voldoende rechtsbescherming biedende bestuursrechtelijke rechtsgang aanwezig is.³³³ De bestuursrechtelijke rechtsgang biedt in ieder geval geen voldoende rechtsbescherming als geen beroep mogelijk is bij de bestuursrechter of als de eisende partij geen beroep op de bestuursrechter kan instellen omdat hij geen belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 van de Awb.³³⁴ Een andere omstandigheid waarin sprake kan zijn van een onvoldoende rechtsbescherming biedende rechtsgang doet zich voor als wel bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk is, maar deze minder mogelijkheden biedt dan de civielrechtelijke rechtsbescherming.

Maakt de belanghebbende geen gebruik van de mogelijkheid van bezwaar en beroep, dan wordt het besluit na het verstrijken van de bezwaar- of beroepstermijn in rechte onaantastbaar en krijgt dat besluit 'formele rechtskracht' (zie paragraaf 5.4.1). Met formele rechtskracht wordt bedoeld dat de (burgerlijke) rechter niet meer in de rechtmatigheid van een besluit treedt waartegen geen rechtsmiddelen zijn aangewend. De civiele rechter gaat in dat geval uit van de processuele en materiële rechtmatigheid van het besluit. Ook in het geval van schending van het recht van de Europese Unie geldt in beginsel de regel van formele rechtskracht.³³⁵ De rechtspraak erkent een aantal uitzonderingen op de hoofdregel van formele rechtskracht, bijvoorbeeld als het aan de overheid is toe te rekenen dat de burger geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht van beroep op de bestuursrechter³³⁶ of de overheid de onrechtmatigheid van het handelen heeft erkend.³³⁷

5.4.2 Rechtsbescherming tegen besluiten over de opvang van asielzoekers: beroep op grond van artikel 3a Wet COA

Wetsgeschiedenis

In het voorgaande deel is in het licht van de omzetting van artikel 21 van de richtlijn beschreven dat de beslissingen over de opvang van asielzoekers in Nederland onder het toepassingsbereik van de Awb vallen. Ook de bepalingen van deze wet over de rechtsbescherming zijn dus van toepassing op deze besluiten. Artikel 3a Wet COA bevat echter ten opzichte van de Awb (en de Vw 2000) een bijzondere

332 HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407; Zie ook *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, nr. 3, p. 84.

333 HR 28 februari 1992, *AB* 301, m.nt. Van der Burg; HR 22 december 2000, *JB* 2001, 27.

334 Zie over het belanghebbende begrip: De Poorter 2003.

335 Zie hierover De Moor-Van Vugt & Vermeulen 2004, p. 58-69.

336 HR 14 mei 1993, *AB* 503, *NJ* 641.

337 HR 18 juni 1993, *AB* 1993, 504 m.nt. Van der Burg, *NJ* 1993, 642 m.t. Scheltema; *Gst.* 6975.3, m.nt. Hennekens (*Sint Oedenrode/Van Aarle*).

regel³³⁸ die onder andere tot gevolg heeft dat de asielzoeker zonder voorafgaande bezwaarprocedure direct beroep op de vreemdelingenrechter (een bijzondere bestuursrechter) dient in te stellen tegen besluiten over het onthouden of het beëindigen van de opvangvoorzieningen.

Een voorbeeld van een besluit over het onthouden van opvangvoorzieningen in de zin van artikel 3a Wet COA is het besluit van het COA om de aanvraag van een asielzoeker tot vergoeding van legeskosten voor het indienen van een aanvraag voor verblijf bij zijn echtgenote af te wijzen, omdat deze kosten niet als buitengewone kosten als bedoeld in art. 5 lid 1 sub g jo art. 14 Rva 1997 zijn aan te merken.³³⁹

Ook bepaalt het tweede lid van artikel 3a, van de Wet COA dat handelingen van het COA ten aanzien van een vreemdeling als zodanig, die worden verricht in het kader van de beëindiging van verstrekkingen bij of krachtens de Wet COA, voor toepassing van die wet met een beschikking gelijk worden gesteld.

De wetgever beoogde met artikel 3a, tweede lid, Wet COA de burgerlijke rechter zoveel mogelijk buiten de deur te houden. In dit verband is van belang dat een eiser niet-ontvankelijk is bij de burgerlijke rechter, als een andere rechtsgang openstaat die met voldoende waarborgen is omkleed. Is de rechtsbescherming van die andere rechtsgang echter onvoldoende, dan zal de burgerlijke rechter een vordering wel ontvangen.³⁴⁰

De memorie van toelichting bij artikel 3a, tweede lid, van de Wet COA legt een verband tussen de mogelijkheid van beroep op grond van deze bepaling en de meeromvattende (afwijzende) beschikking op een asielaanvraag (zie hiervoor onder meeromvattende beschikking). Ondanks de van rechtswege plaats vindende beëindiging van verstrekkingen na een meeromvattende beschikking kan volgens de toelichting bij wijze van uitzondering door tijdsverloop een nieuw oordeel nodig zijn over deze beëindiging vanwege een relevante wijziging in de omstandigheden.³⁴¹ In dat geval zou dus op grond van artikel 3a Wet COA tegen de beëindiging van de opvangvoorzieningen beroep op de bestuursrechter openstaan.³⁴²

338 Ingevolge artikel 3a, eerste lid, van de Wet COA, zijn in afwijking van artikel 72, derde lid, van de Vw 2000, de afdelingen 1, 3 en 4 van hoofdstuk 7 van die wet van toepassing op besluiten in het kader van *het onthouden dan wel de beëindiging* van verstrekkingen bij of krachtens de Wet COA.

339 ABRvS 30 september 2008, JV 2008/425.

340 Zie voor een voorbeeld van een civiel kort geding tegen het vaststellen van een beleidsregel over de vergoeding van buitengewone kosten in de zin van de Rva 2005: Voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage (KG-civiel), 16 november 2009, JV 2010/23.

341 Zie *Kamerstukken II* 26 975, nr. 3, p. 12. Deze omstandigheden worden in rechtspraak van de ABRvS niet aangenomen.

342 Zie voor een overzicht van bijzondere besluiten en andere handelingen in het vreemdelingenrecht: Larsson 2007, p. 145-166.

De Afdeling oordeelt echter dat geen noodzakelijk verband bestaat tussen de aanwezigheid van een meeromvattende beschikking en de toepasbaarheid van artikel 3a Wet COA: artikel 3a Wet COA is volgens de Afdeling niet slechts van toepassing indien aan het onthouden, dan wel de beëindiging van de verstrekkingen een (meeromvattend) besluit krachtens de Vw 2000 ten grondslag ligt.³⁴³

Ten slotte is in afwijking van de hoofdregel van artikel 82 Vw 2000 geen schorsende werking verbonden aan het beroep tegen voornoemd soort besluiten (artikel 3a, derde lid, Wet COA). De reden die in de memorie van toelichting wordt gegeven, is het belang van de doorstroming van asielzoekers in de opvangverstrekkingen.³⁴⁴

Besluit tot beëindigen opvang na meeromvattende beschikking

Eén van de besluiten die onder het toepassingsbereik van voornoemd artikel 3a Wet COA valt, is de afwijzende beslissing van het COA op een aanvraag om opvang op grond van de Wet COA. De rechtspraak spitte zich eerst toe op de vraag of de beslissing over opvang na een meeromvattende beschikking appellabel is. Na de introductie van de Vw 2000 oordeelde de Afdeling³⁴⁵ dat het COA na een meeromvattende beschikking geen publiekrechtelijke bevoegdheid heeft te besluiten over een aanvraag om opvang.

De verstrekkingen van deze asielzoeker eindigen volgens artikel 45, eerste lid onder c, Vw 2000 jo. artikel 7, eerste lid, onder b, Rva 2005 van rechtswege, indien het een asielzoeker betreft die rechtmatig verwijderbaar³⁴⁶ is vanwege het niet inwilligen van de asielaanvraag die recht geeft op opvang: op de dag na de dag waarop de vreemdeling rechtmatig verwijderbaar is geworden. Het van rechtswege intredend rechtsgevolg dat de verstrekkingen eindigen heeft tot gevolg dat een eventuele hierop volgende beslissing tot het beëindigen van de verstrekkingen niet op rechtsgevolg kan zijn gericht. Dat de verstrekkingen eindigen, vloeit immers voort uit de wet en dientengevolge ontbreekt een recht op beroep op de vreemdelingenrechter.³⁴⁷ In Nederland gaat dus aan het van rechtswege beëindigen van de opvang na een meeromvattende beschikking niet of nauwelijks een bestuurlijke afweging vooraf, en deze beëindiging is evenmin aan een rechterlijke toets onderworpen.³⁴⁸

Deze situatie is niet in strijd met de in artikel 21 richtlijn genoemde plicht voor de lidstaten om de nationale wetgeving zo in te richten dat tegen negatieve

343 Bijvoorbeeld ABRvS 10 mei 2005, NAV 2005/226-kort

344 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 975, nr. 3, p. 13.

345 ABRvS 14 juni 2002, JV 2002/244, NAV 2002, 192, m.nt. B.K. Olivier en F.F. Larsson.

346 Rva 1997 (oud).

347 Ook indien de minister een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd heeft verleend, eindigen ingevolge art. 44 lid 1 Vw 2000 jo. artikel 7, eerste lid onder a, Rva 2005 de verstrekkingen onder voorwaarden van rechtswege. Zie ABRvS 28 oktober 2005, JV 2005/468, m.nt. F.F. Larsson.

348 ABRS 24 juli 2002, JV 2002/311, zie ook Groenewegen & Larsson 2003.

beslissingen over toekennen van voorzieningen op grond van de richtlijn, rechtsmiddelen open staan. De rechtmatig verwijderbare asielzoeker is echter geen asielzoeker meer in de zin van artikel 2, aanhef en onder c, richtlijn, omdat reeds een definitief besluit op het asielverzoek is genomen. De vreemdeling valt op grond van artikel 3, eerste lid, richtlijn, diensentgevolge niet meer onder het toepassingsbereik van de richtlijn³⁴⁹ en heeft om deze reden ook geen recht op een rechtsmiddel als bedoeld in artikel 21 richtlijn (zie hoofdstuk III, paragraaf 5.2.2).

Bijzondere omstandigheden

In latere rechtspraak oordeelde de Afdeling dat het COA na een meeromvattende beschikking weliswaar geen bevoegdheid heeft te besluiten over opvang, maar dat dit uitzondering lijdt als zich bijzondere omstandigheden voordoen.³⁵⁰ Die bevoegdheid zou dus bestaan, ondanks het feit dat de Afdeling geoordeeld had dat artikel 3 van de Wet COA die bevoegdheid in beginsel niet biedt. Daarna ging de Afdeling om³⁵¹ met het oordeel dat de beoordeling van een aanvraag om opvang in beginsel wel behoort tot de aan het COA gegeven publiekrechtelijke bevoegdheid van artikel 3, eerste lid, van de Wet COA, hetgeen een op rechtsgevolg gericht besluit is in de vorm van een appellabele beschikking. De aanwezigheid van bijzondere omstandigheden is met dat oordeel dus geen voorwaarde meer voor het ontstaan van de bevoegdheid van het COA, en volgens de Afdeling dus niet meer relevant voor de vraag of sprake is van een appellabel besluit op de aanvraag om opvang na een meeromvattende beschikking.³⁵²

De bevoegdheid tot het verlenen van opvang kan dus onder omstandigheden ook bestaan op grond van de Wet COA zelf. De Afdeling oordeelt³⁵³ in dit verband dat het COA op grond van artikel 3 van de Wet COA een wettelijke taak

349 Zie ook in die zin ABRS 4 mei 2006, nr. 200600347/1. De voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage zp Amsterdam, 22 april 2008, *JV* 2008/287, m. nt. C.H. Slingenberg, oordeelt dat artikel 16 lid 5 Richtlijn volgens de rechter niet bepaalt dat lidstaten na een afwijzende asielbeslissing, dus voordat daarover een definitief besluit genomen is, de opvang mogen beperken of intrekken. De negatieve beslissing bedoeld in dat artikellid, ziet niet op het asielverzoek, maar op de opvang. Dit volgt uit artikel 16 in verband met artikel 21 van de richtlijn, en in afwijking van 'definitief besluit' in artikel 2, aanhef en onder c van de richtlijn.

350 Bijvoorbeeld ABRvS 10 februari 2003, *JV* 2003/155; ABRvS 25 juli 2003, *JV* 2003/399.

351 ABRvS 23 februari 2005, *JV* 2005/155 en *RV* 2005, 83, m.nt. F.F. Larsson, *NAV* 2005/80, m.nt. F.T.G. Groenewegen.

352 Zie ook Groenewegen 2006.

353 Bijv. ABRvS 28 maart 2007, *JV* 2007/187, m.nt. F.F. Larsson en *RV* 2007, nr. 89, m.nt. F.T. Groenewegen. Zie ook ABRvS 23 februari 2005, *JV* 2005/155 en *RV* 2005, 83, m.nt. F.F. Larsson, *NAV* 2005/80, m.nt. F.T. Groenewegen); ABRvS 24 mei 2007, *JV* 2007/304, m.nt. Larsson.

heeft om ook los van de in de Rva 2005 geregelde gevallen opvang te bieden als zeer bijzondere omstandigheden daartoe nopen.³⁵⁴

Dit is ook het geval indien deze omstandigheden niet vallen onder het bereik van de door de minister aangewezen categorieën van artikel 3 Rva 2005.³⁵⁵ Tegen de afwijzing van een aanvraag om opvang kan dus, ook na een meeromvattende beschikking op de asielaanvraag, bij de vreemdelingenrechter opgekomen worden en dient de aanvraag inhoudelijk te worden beoordeeld door het COA. Daarmee is nog niet duidelijk wanneer sprake is van de bijzondere omstandigheden die recht kunnen geven op opvang.³⁵⁶

De Hoge Raad³⁵⁷ oordeelt dat het COA slechts beschikt over de specifiek in de Rva 1997 (oud) geregelde bevoegdheden tot het verlenen van opvang:

‘Uit de Wet COA, waarbij het COA in het leven is geroepen en waarin de taken van het COA worden vermeld, kan niet worden afgeleid dat de wetgever aan het COA bestuursbevoegdheden heeft toegekend. De minister, verantwoordelijk voor de opvang van asielzoekers, heeft op grond van art. 12 en 13 Wet COA de bevoegdheid regels te stellen. Dergelijke regels zijn in de Rva 1997 opgenomen, waardoor aan het COA onder andere de bevoegdheid is toegekend (...) deze verstrekkingen te beëindigen (art. 8). Nu genoemd art. 8 meebrengt dat de opvang van rechtswege eindigt indien op de asielaanvraag van een asielzoeker niet inwilligend is beschikt en deze beschikking onherroepelijk is geworden, mist het COA beslissingsbevoegdheid ter zake van de beëindiging van de opvang.’

Concluderend: Is geen sprake van een voor beroep vatbaar besluit in de zin van de Awb, bijvoorbeeld omdat de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het nemen van een besluit over opvangvoorzieningen ontbreekt, dan kan de rechtsbescherming door de burgerlijke rechter worden ingeroepen (zie hiervoor onder paragraaf 5.4.1). De rol van de burgerlijke rechter is op grond van de hiervoor beschreven rechtspraak van de Afdeling echter ingeperkt, omdat een besluit van het COA op een aanvraag voor opvangvoorzieningen altijd vatbaar is voor beroep bij de vreemdelingenrechter, de bestuursrechter dus.

354 Zie ABRvS 23 februari 2005, JV 2005, 155 en RV 2005, 83, m.nt. F.F. Larsson, NAV 2005/80, m.nt. F.T.Groenewegen.

355 ABRvS 28 maart 2007, JV 2007/187, m.nt. F.F. Larsson; ABRvS 30 september 2008, JV 2008/424.

356 Zie ook Groenewegen 2008, p. 12.

357 HR 21 maart 2003, JB 2003, 97. Zie meer recent ook het oordeel van de HR 14 januari 2005, JV 2005/115, dat het COA geen bevoegdheid heeft om een hardheidsbeleid te voeren bij of na het van rechtswege eindigen van de opvang.

5.4.3 *Rechtsbescherming tegen negatieve beslissingen over opvangvoorzieningen van asielzoekers op grond van artikel 16 richtlijn*

Beroep tegen beslissingen in de zin van artikel 16, eerste lid onder a richtlijn

Beslissing tot overplaatsing

Hiervoor is de rechtsbescherming tegen opvangbesluiten over opvangvoorzieningen beschreven. Hierna wordt ingegaan op de mogelijkheden van rechtsbescherming tegen besluiten in de zin van artikel 16 van de richtlijn. De Afdeling oordeelt³⁵⁸ dat de beslissing tot overplaatsing van een asielzoeker naar een andere opvanglocatie, een besluit is in de zin van de Awb, waartegen artikel 3a, eerste lid van de Wet COA direct beroep op de vreemdelingenrechter openstelt. Dit besluit doet volgens de ABRvS voor de vreemdeling de verplichting ontstaan zich uiterlijk binnen 48 uur na uitreiking ervan bij de genoemde opvanglocatie te melden. Bij gebreke hiervan zouden de RVA- verstrekkingen worden beëindigd.

De Afdeling komt in een uitspraak van dezelfde datum tot het oordeel dat het (feitelijk) beëindigen van de opvang van deze asielzoeker, nadat deze zich na de overplaatsing niet binnen 48 uur heeft gemeld bij zijn nieuwe opvanglocatie, geen handeling is als bedoeld in artikel 3a, tweede lid van de Wet COA. Het gevolg is dat deze handeling op grond van laatst genoemde bepaling niet kan worden gelijkgesteld met een beschikking, zodat geen bestuursrechtelijk rechtsmiddel openstaat tegen het eindigen van de opvang.³⁵⁹ In dit geval zal de burgerlijke rechter bevoegd zijn een oordeel te vellen over deze beslissing.

Beslissing tot inhouden verstrekkingen bij verzuim van de meldplicht

Een voorbeeld van rechtspraak in het kader van een procedure tegen een beslissing als bedoeld in artikel 16, eerste lid, onder a, richtlijn, is een uitspraak van de Haarlemse vreemdelingenrechter.³⁶⁰ Het COA had op grond van artikel 10 en 19 van de Rva 2005 en gelet op het ROV-reglement een sanctie opgelegd in de vorm van inhouding van een bedrag van 15 euro op de verstrekkingen aan enkele asielzoekers omdat deze zich niet aan de meldplicht hadden gehouden.

Een beslissing tot het opleggen van een sanctie door het COA op grond van het ROV-reglement (zie paragraaf 5.3.4) is een besluit in de zin van artikel 3a Wet COA.³⁶¹ De rechtbank oordeelt dat het COA door het opleggen van deze sanctie onvoldoende rekening heeft gehouden met de bijzondere omstandigheden van asielzoekers, zoals het feit dat dit, sinds de acht jaar dat ze in Nederland verblijven, de eerste keer was dat zij de meldplicht hadden geschonden. Volgens de

358 ABRvS 27 juni 2005, NAV 2005/191, m.nt. F.T. Groenewegen, JV 2005/344, m.nt. Larson. De procedure vindt plaats met toepassing van de Rva 1997, maar de overwegingen van de Afdeling verliezen hun gelding onder de Rva 2005 niet.

359 ABRvS 27 juni 2005, NAV 2005/192

360 Rechtbank 's-Gravenhage zp Haarlem 25 september 2007, JV 2008/216, m.nt. C.H. Slingenberg.

361 ABRvS 28 december 2005, JV 2006/77.

rechter had het COA zich niet gehouden aan zijn eigen gedragslijn, als neergelegd in de interne instructie van het COA van juli 2005, dat het COA bijzonder voorzichtig en terughoudend moet omgaan met de mogelijkheid om een strafmaatregel op te leggen en dat het opleggen van een strafmaatregel een laatste middel is waarvan pas gebruik gemaakt moet worden als er geen andere wegen te bewandelen zijn.

De opvangvoorzieningen van een asielzoeker op grond van artikel 16, eerste lid, onder a, richtlijn kunnen worden ingetrokken of beperkt 'indien een asielzoeker gedurende een in het nationale recht vastgestelde redelijke termijn niet voldoet aan de meldingsplicht'. Omdat deze termijn niet in Nederlands recht is vastgesteld, is sprake van onjuiste implementatie van genoemde bepaling uit de richtlijn.³⁶² Een andere vraag die deze uitspraak oproept, is of de beslissing tot het intrekken of beperken van voorzieningen (ook die in verband met het niet voldoen aan de meldplicht), moet worden gezien als een herstelsanctie of een punitieve sanctie (zie voor deze kwestie paragraaf 5.3.4).

Beslissing tot onthouden opvang bij een tweede of volgend asielverzoek

De opvangvoorzieningen kunnen op grond van het derde onderdeel van artikel 16, eerste lid, onder a, van de richtlijn ook worden beperkt of ingetrokken als een asielzoeker eerder een asielverzoek in dezelfde lidstaat heeft ingediend.

Een asielzoeker met een tweede of volgende asielaanvraag werd tussen december 1998 en 12 september 2006 uitgesloten van opvangvoorzieningen ingevolge de Rva 2005, maar kwam vanaf die datum tot 1 juli 2010 weer in aanmerking voor deze verstrekkingen als de aanvraag niet in het AC in de toen geldende 48-uurs procedure was afgewezen (paragraaf 3.2.5).

De Afdeling oordeelt dat het voor het recht van beroep op grond van artikel 3a van de Wet COA niet uitmaakt of de verstrekkingen worden onthouden als gevolg van een meeromvattende beschikking op de asielaanvraag, of op andere gronden.³⁶³ Een besluit van het COA tot het onthouden van de verstrekkingen aan een asielzoeker met een tweede of volgende asielaanvraag die al dan niet op aanvraag wordt genomen, valt op grond van de rechtspraak van de Afdeling ook onder het toepassingsbereik van artikel 3a Wet COA, en is dus voor beroep vatbaar bij de vreemdelingenrechter.

De Afdeling oordeelt dat het de minister gelet op artikel 16 aanhef en onder a, van de richtlijn ook vrij staat in de nationale regelgeving indieners van een tweede of volgende asielaanvraag van opvang uit te sluiten.³⁶⁴

³⁶² Zie ook C.H. Slingenberg in haar noot bij Rechtbank 's-Gravenhage zp Haarlem 25 september 2007, JV 2008/216.

³⁶³ Bijvoorbeeld ABRvS 10 mei 2005, NAV 2005/226-kort

³⁶⁴ ABRvS 20 augustus 2007, JV 2007/466, m.nt. C.H. Slingenberg; RV 2007, nr. 91, m.nt. F.F. Larsson.

De conclusie dat de minister gelet op artikel 16 aanhef en onder a, van de richtlijn indieners van een tweede of volgende asielaanvraag van opvang mag uit sluiten geldt naar het oordeel van de Afdeling ook voor een 14-1 aanvraag die is ingediend nadat al een eerdere asielaanvraag is gedaan (zie paragraaf 5.2.5).

Recht van beroep tegen beslissingen in de zin van artikel 16, eerste lid onder b van de richtlijn

Beslissing tot vergoeding van onrechtmatig genoten aanspraak

Artikel 16, eerste lid, onder b, van de richtlijn, geeft de lidstaat de bevoegdheid de opvangvoorzieningen te beperken of in te trekken indien een asielzoeker financiële middelen verborgen heeft gehouden en daardoor ten onrechte aanspraak op de bij deze richtlijn vastgestelde materiële en financiële opvangvoorzieningen heeft gemaakt. Als vast staat dat een asielzoeker over voldoende middelen beschikte om in die basisbehoeften te voorzien toen de materiële opvangvoorzieningen werden verstrekt, mogen de lidstaten hem vragen deze voorzieningen te vergoeden. Volgens de bijlage en toelichting bij de Rva 2005 is deze bepaling uit de richtlijn omgezet in artikel 7, lid 1, onder k; artikel 10 onder a en b; en artikel 21, van de Rva 2005.

Eerstgenoemd artikelonderdeel bepaalt dat het recht op opvang van een asielzoeker eindigt als hij onjuiste gegevens heeft verstrekt of gegevens heeft achtergehouden. Het onderdeel stelt als voorwaarde dat dit moet zijn gedaan met het doel om voor zichzelf of voor de personen voor wie hij zorgt, ten onrechte een aanspraak te doen ontstaan op de verstrekkingen bedoeld in artikel 9 van de Rva 2005, of de hoogte van de verstrekkingen te doen stijgen.

Als aan deze voorwaarde is voldaan, eindigen de verstrekkingen van rechtswege, en is de beslissing van het COA om de verstrekkingen te stoppen om deze reden geen besluit in de zin van de Awb, zodat tegen deze beslissing geen beroep openstaat op de bestuursrechter. In dit geval kan de burgerlijke rechter om rechtsbescherming worden gevraagd.

Recht van beroep tegen beslissingen in de zin van artikel 16, derde lid, richtlijn: sancties

Artikel 16, derde lid, van de richtlijn schrijft voor dat de lidstaten sancties kunnen vaststellen op ernstige inbreuken op de regels met betrekking tot de opvangcentra en op ernstige vormen van geweld. Volgens de toelichting bij de Rva 2005 is deze bepaling uit de richtlijn geïmplementeerd in artikel 10, onder c en d van de Rva 2005.

Een beslissing tot het opleggen van een sanctie door het COA op grond van het Reglement Onthoudingen Verstrekkingen (ROV, zie paragraaf 5.3.4) is naar het oordeel van de Afdeling een besluit ter uitvoering van de Rva 2005³⁶⁵ dat

365 ABRvS 20 juli 2009, JV 2009/358. Een besluit met een maatregel in de zin van het ROV, dat inhoudt dat alle verstrekkingen wegens herhaalde overlast van minder lichte aard,

ingevolge artikel 3a Wet COA voor beroep vatbaar is.³⁶⁶ Het besluit tot het inhouden van alle verstrekkingen wegens het niet naleven van de huisregels heeft als rechtsgevolg dat de vreemdeling voor bepaalde tijd geen aanspraak kan maken op de hem krachtens de Rva 1997 toegekende verstrekkingen, en doet voor de asielzoeker de verplichting ontstaan het opvangcentrum te verlaten. De term 'inhouden' heeft in deze context volgens de Afdeling geen andere betekenis dan de term 'onthouden' in de zin van artikel 3a, eerste lid, van de Wet COA, zodat dit besluit van het COA vatbaar is voor het recht van beroep op de vreemdelingenrechter.

Recht van beroep tegen beslissingen over opvang in een TNV en in een AC

Beslissing over opvang in een TNV

In dit hoofdstuk is geconcludeerd dat de asielzoeker die tegenover de bevoegde autoriteiten heeft verklaard asiel te willen aanvragen, maar daartoe niet zo snel als mogelijk de gelegenheid krijgt, onder de werking van artikel 3 van de richtlijn valt. Deze asielzoeker werd voor 1 juli 2010 in afwachting van de gelegenheid om een asielaanvraag naar Nederlands recht in te dienen in een TNV geplaatst. Daar werden hem basale opvangvoorzieningen geboden, zonder dat hij recht had op verstrekkingen in de zin van de Rva 2005.

Een publiekrechtelijk geregelde bevoegdheid voor het bieden van deze basale opvangvoorzieningen in een TNV heeft nooit bestaan. In de rechtspraak is nog niet aan de orde gekomen of de Wet COA wellicht de publiekrechtelijke bevoegdheid aan het COA biedt voor het nemen van een beslissing over opvang van een asielzoeker in een TNV. Als deze bevoegdheid bestaat, is een beslissing van het COA over opvangvoorzieningen in een TNV een besluit dat vatbaar is voor beroep.³⁶⁷

De conclusie is dat onzeker is of bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen een beslissing over opvang in een TNV openstaat. Bij gebrek aan een mogelijkheid van beroep op de bestuursrechter kan de asielzoeker zich echter op grond van artikel 6:162 van het BW tot de civiele rechter wenden.

Beslissing over opvang in een AC

Ook de opvang van asielzoekers in een AC was voor de wijziging van de Rva 2005 van 1 juli 2010 niet in officieel gepubliceerde regelgeving bekend gemaakt. De bevoegdheid tot het nemen van beslissingen over de opvang in een AC was om deze reden ook niet geregeld.

voor de duur van drie weken worden ingehouden, strekt volgens de Afdeling ter uitvoering van artikel 10 Rva 2005.

366 ABRS 28 december 2005, JV 2006/77.

367 ABRvS 23 februari 2005, JV 2005/155 en RV 2005, 83, m.nt. Larsson, NAV 2005/80, m.nt. Groenewegen.

In een arrest van het Hof Leeuwarden was de vraag aan de orde of men bij de burgerlijke rechter terecht kon in verband met de feitelijke beëindiging van (onder andere) de opvang in een AC.³⁶⁸ Het Hof vroeg zich in dit verband af welke van de handelingen die plaatsvinden bij het beëindigen van de opvang of de uitzetting, nu een rechtens relevante handeling is als bedoeld in artikel 72, derde lid, van de Vw 2000, waartegen beroep op de vreemdelingenrechter kan worden ingesteld. Dat was geen vreemde vraag omdat de vreemdelingenrechter in verschillende gevallen aanneemt dat zich geen rechtens relevante handeling voordoet.³⁶⁹ Het Hof oordeelde dat in dit geval sprake was van een dergelijke handeling omdat onduidelijk was of tegen deze handeling een rechtsmiddel kon worden aangewend.

De Hoge Raad³⁷⁰ heeft dit arrest echter vernietigd met het oordeel dat in de onderhavige situatie geen noodzaak bestaat tot aanvullende rechtsbescherming door de burgerlijke rechter omdat sprake was van een rechtens relevante handeling in de zin van artikel 72, derde lid, van de Vw 2000 waartegen beroep open staat bij de bestuursrechter.³⁷¹

6. CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is onderzocht of de artikelen 3, 16 en 21, eerste lid van de richtlijn zijn omgezet in het Nederlandse recht. Als hiervan sprake was, is bestudeerd op welk niveau in de normenhiërarchie deze omzetting heeft plaats gevonden, welke specifieke bepalingen van nationaal recht ter omzetting dienen en of de omzetting volgens regels van EU-recht heeft plaats gevonden.

De Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen (Rva 2005) is het enig als zodanig bekend gemaakte recht dat dient als omzetting van de richtlijn in Nederland. De regeling is tijdig bekend gemaakt en bevat verwijzing naar de bepalingen van de richtlijn die in de regeling zijn omgezet.

De Rva 2005 is een ministeriële regeling welk soort regeling in Nederland het meest gebruikte instrument is voor de omzetting van richtlijnen, en het gebruik van die regeling heeft tot gevolg dat geringe voorafgaande invloed door het parlement wordt uitgeoefend op de inhoud ervan. Wellicht is de geringe parlementaire controle de oorzaak van de hierna beschreven gebreken in de omzetting van de richtlijn in het Nederlandse recht.

368 Gerechtshof Leeuwarden, 11 oktober 2006, *JV* 2006/460, m.nt. T. Spijkerboer; *RV* 2006, 83, m.nt. F.F. Larsson.

369 Zie ABRvS 28 oktober 2005, *JV* 2005/468, m.nt. F.F. Larsson.

370 HR 17 oktober 2008, *JV* 2008/415.

371 De HR verwijst naar de MvT 26 732, nr. 7, p. 206 en de uitspraak van de ABRvS 9 juni 2004, nr. 200308511, *LJN*: AR3088.

De omzetting van artikel 3 van de richtlijn voor 1 juli 2010

De richtlijn is volgens zijn artikel 3 van toepassing op onderdanen van derde landen en staatlozen die een asielverzoek aan de grens of op het grondgebied van een lidstaat indienen, voor zover zij als asielzoeker op het grondgebied mogen verblijven. Dit toepassingsbereik geldt ook voor de gezinsleden, als zij volgens het nationale recht onder dit asielverzoek vallen.

De omzetting van artikel 3 van de richtlijn was vóór de Rva-wijziging van 1 juli 2010 onvolledig. Dit gebrek werd ten eerste veroorzaakt door het ontbreken van gepubliceerde regelgeving over de opvangvoorzieningen van asielzoekers in een *Tijdelijke Noodvoorziening* (TNV). Zij hadden om asiel verzocht, en wachtten met instemming van Nederland de mogelijkheid af om dit verzoek in de vorm van een formele asielaanvraag bij de autoriteiten in te dienen. Toch bood de Rva 2005 deze categorie asielzoekers geen verstrekkingen en ook overigens waren de verstrekkingen van deze asielzoekers niet in algemeen verbindende voorschriften beschreven. Hoewel de asielzoekers in een TNV wel feitelijk opvang kregen, was deze situatie in strijd met de Opvangrichtlijn.

Ook de situatie voor 1 juli 2010 dat een asielzoeker in een *Aanmeldcentrum* (AC) geen rechten kon ontleen aan de Rva 2005, was in strijd met artikel 3 van de richtlijn. De asielzoeker in een AC die een asielverzoek had ingediend, mocht immers in ieder geval in afwachting van de beslissing op de asielaanvraag op het Nederlandse grondgebied verblijven, en viel daarmee onder de in artikel 3 van de richtlijn beschreven doelgroep van de richtlijn. Nu kreeg de asielzoeker in een AC inderdaad opvang, maar deze was evenals de opvang van een asielzoeker in een TNV slechts feitelijk van aard. Juridische normen voor de opvang in deze fase van de procedure ontbraken.

Na een afwijzing van de asielaanvraag in een AC had de asielzoeker voor 1 juli 2010 ook geen feitelijke opvang meer. Ook als de asielzoeker beroep had ingesteld tegen deze afwijzing en in afwachting was van een beslissing op een verzoek om een voorlopige voorziening bleef deze situatie voortbestaan. Alleen als de voorzieningenrechter dit verzoek had gehonoreerd, werd de asielzoeker weer opvang geboden. De vraag of het niet bieden van opvangvoorzieningen na een afwijzende beslissing op de asielaanvraag zich verhoudt met artikel 3 van de Opvangrichtlijn, wordt door deze richtlijn niet onverkort beantwoord. Het antwoord hangt af van de invulling van de voorwaarde in artikel 3 dat de vreemdeling 'als asielzoeker op het grondgebied mag verblijven'. Het Nederlands recht stond wel toe dat de asielzoeker in afwachting van een voorlopige voorziening Nederland niet werd uitgezet, maar volgens de Nederlandse overheid betekende dit niet dat hij als asielzoeker op het grondgebied mocht verblijven. Omdat de Opvangrichtlijn zelf geen duidelijkheid biedt over de nationaalrechtelijke invulling van deze voorwaarde van verblijf, dienen instrumenten van het EU-asielrecht te worden geraadpleegd. Uit de Procedurerichtlijn kan worden geconcludeerd dat het nationale recht bepalend is voor een antwoord op de vraag of een asielzoeker op het grondgebied mag verblijven na een beslissing in eerste aanleg. Een belangrijke voorwaarde is echter wel dat het nationale recht in overeen-

stemming met de internationale verplichtingen van de lidstaat moet zijn opgesteld. Zo blijkt uit rechtspraak van het EHRM dat een rechtsmiddel zonder rechtens automatische schorsende werking niet aan de vereisten van artikel 13 EVRM voldoet, als een '*arguable claim*' wordt gedaan op artikel 3 EVRM.³⁷² Het is mogelijk dat het ontbreken van opvang voor een asielzoeker schending van artikel 3 EVRM oplevert. Het Britse *House of Lords* (inmiddels *Supreme Court of the United Kingdom*) oordeelt dat het onthouden van voedsel en onderdak een schending is van de mensenrechten van de asielaanvrager en een overtreding van het verbod op onmenselijke en vernederende behandeling, als het risico bestaat dat de asielzoeker in armoede vervalt en zijn gezondheid in gevaar komt.

De omzetting van artikel 3 van de richtlijn na 1 juli 2010

De wijziging van de Vw 2000 per 1 juli 2010 heeft ervoor gezorgd dat de strijdigheid met de richtlijn deels is opgeheven voorzover een asielzoeker in een Collectieve Ontvangst Locatie of in een andere opvanglocatie van het COA in afwachting is van het indienen van zijn asielaanvraag. Deze asielzoeker, die voorheen in een TNV verbleef, heeft nu tijdens de rust- en voorbereidingstijd wel recht op verstrekkingen in de zin van de Rva 2005. Toch krijgt hij in afwijking van de hoofdregel geen wekelijkse financiële toelage voor voedsel, kleding en andere persoonlijke uitgaven, en hij mag bovendien niet deelnemen aan recreatieve en educatieve activiteiten in het opvangcentrum. Het langer voortduren van deze situatie leidt tot strijd met artikel 13, tweede lid, van de richtlijn dat bepaalt dat de materiële opvangvoorzieningen moeten voldoen aan de maatstaf dat de gezondheid van de asielzoeker is verzekerd en bestaansmiddelen zijn gewaarborgd. Op het moment dat de asielzoeker zijn asielaanvraag naar Nederlands recht heeft ingediend in een AC, start de algemene asielprocedure en blijft het recht op opvangvoorzieningen in de zin van de Rva 2005 bestaan. Ook voor deze asielzoeker geldt echter dat hij geen wekelijkse financiële toelage voor voedsel, kleding en andere persoonlijke uitgaven krijgt, en dat hij niet mag deelnemen aan recreatieve en educatieve activiteiten.

Als de asielaanvraag binnen de algemene asielprocedure op het AC is afgewezen, krijgt hij tijdens de vertrektermijn van vier weken het recht op opvangvoorzieningen. Na afloop van deze termijn stopt het recht op opvang, tenzij de asielzoeker een verzoek om een voorlopige voorziening hangende het (hoger) beroep heeft ingediend, waarop positief door de rechter is beslist. Deze voorwaarde voor het (behoud van) het recht op opvangvoorzieningen, is dus vergelijkbaar met de voorwaarde die voor 1 juli 2010 werd gesteld.

³⁷² Zie EHRM 26 april 2007, JV 2007/252, m.nt. Spijkerboer, AB 2007/227, m.nt. Battjes (*Gebremedhin/Frankrijk*); EHRM 20 september 2007, JV 2007/462, m.nt. Spijkerboer (*Sultani/Frankrijk*).

Ook een asielzoeker die in afwachting is van een beslissing in de asielprocedure en tot ongewenst vreemdeling is verklaard, behoort tot de doelgroep van de richtlijn omdat hij deze beslissing in Nederland mag afwachten.

De omzetting van artikel 16 van de richtlijn

Nederland heeft ervoor gekozen om artikel 16, tweede lid, van de richtlijn dat de mogelijkheid biedt de voorzieningen te weigeren wanneer de asielzoeker niet kan bewijzen dat het asielverzoek zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk na de aankomst in de lidstaat werd ingediend, niet in het nationale recht om te zetten. Dit is een juiste beslissing geweest omdat de omzetting van dit onderdeel onder omstandigheden strijd oplevert met artikel 3 van het EVRM.

De overige artikelonderdelen zijn wel omgezet in het Nederlandse recht. Zo heeft Nederland gebruik gemaakt van de mogelijkheid asielzoekers geen opvang te bieden als een asielzoeker een tweede of volgende asielaanvraag indient. Deze asielzoeker heeft geen recht op verstrekkingen op grond van de Rva 2005 als geen sprake is van nieuwe feiten of omstandigheden in de zin van artikel 4:6 van de Awb. Deze asielzoeker heeft naar huidig recht alleen recht op voorzieningen op grond van de Rva 2005 vanaf het moment dat hij zijn asielaanvraag in het AC heeft ingediend tot de afwijzing van de asielaanvraag in dit centrum. Voor 1 juli 2010 had deze asielzoeker in het geheel geen recht op verstrekkingen in de zin van de Rva 2005.

Nederland heeft ook artikel 16, derde lid, van de richtlijn, dat bepaalt dat de lidstaten sancties kunnen vaststellen op ernstige inbreuken op de regels met betrekking tot de opvangcentra en op ernstige vormen van geweld, in de Rva 2005 omgezet. Deze regeling bevat de mogelijkheid voor het COA verstrekkingen geheel of gedeeltelijk in te trekken als een asielzoeker in een terugkeerlocatie weigert aan gesprekken over zijn terugkeer deel te nemen. Deze grond is niet te duiden als een ernstige inbreuk op de regels met betrekking tot de opvangcentra en is dus in strijd met de richtlijn.

Dit geldt ook voor de in de Rva 2005 opgenomen grond dat de verstrekkingen geheel of gedeeltelijk worden ingehouden als de asielzoeker niet voldoet aan zijn plicht schoonmaakwerkzaamheden te verrichten of om toegang te verlenen aan het personeel van de opvangvoorziening tot zijn woonruimte. De Rva 2005 schrijft deze plicht voor als een redelijk vermoeden bestaat dat de asielzoeker de huisregels overtreedt of indien dit voor het beheer van de opvangvoorziening redelijkerwijs noodzakelijk is.

Ook deze grond is niet te zien als een ernstige inbreuk op de regels met betrekking tot de opvangcentra in de zin van de richtlijn.

Ter uitwerking van de voornoemde en andere sanctiegronden in de Rva 2005 heeft het COA het Reglement Onthoudingen Voorzieningen (ROV) opgesteld. Dit reglement bevat sancties op gedragingen waarmee de beheersbaarheid en leefbaarheid binnen de locatie in het geding worden gebracht, en op overtreding van huisregels die zijn vervat in een huishoudelijk reglement van het opvangcentrum. In het ROV-reglement worden echter ook gedragingen gesanctioneerd, zoals lich-

te overlast, die geen ernstige inbreuken zijn in de zin van artikel 16, derde lid van de richtlijn. Het reglement kan niet gelden als omzetting van de richtlijn omdat deze een interne instructie is dat geen kenbaar gemaakte algemeen verbindende voorschriften bevat. Maar ook al zouden deze sancties als algemeen verbindende voorschriften in de Rva 2005 zijn opgenomen, zouden deze voorschriften in strijd zijn met de richtlijn omdat deze niet een grond bevat die het sanctioneren van lichte overlast toelaat.

Belangrijke regels van materieel recht voor bestuursrechtelijke besluiten over opvangvoorzieningen zijn te vinden in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Zo omvat deze wet algemene beginselen van behoorlijk bestuur die kunnen worden gezien als omzetting van de in artikel 16, vierde lid van de richtlijn genoemde beginselen die door de lidstaten in acht moeten worden genomen als een besluit wordt genomen. Enkele besluiten van het COA die maatregelen bevatten die in het Reglement Onthoudingen Voorzieningen (ROV) worden beschreven, moeten aan de hand van de door het EHRM in zijn rechtspraak gehanteerde criteria zeer waarschijnlijk als punitieve sancties worden gekwalificeerd.

In vergelijking met beslissingen tot verlaging van een bijstandsuitkering op grond van de Wet Werk en Bijstand kan worden vastgesteld dat de bestuursrechter de beslissing tot het verlagen van de bijstand in verband met het niet voldoen aan de informatieplicht naar Nederlands recht als herstelsanctie duidt, maar dit uitgangspunt wordt in de literatuur bekritiseerd en onder omstandigheden als een punitieve sanctie gekwalificeerd.

Artikel 16, vijfde lid, van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgen dat geen materiële opvangvoorzieningen van asielzoekers worden beperkt of ingetrokken voordat 'een negatieve beslissing' is genomen. In het Nederlandse recht wordt 'een negatieve beslissing' opgevat als een meeromvattende beschikking op de asielaanvraag, hoewel hiervoor gelet op de tekstuele context van dit richtlijnonderdeel en gezien het toepassingsbereik van de richtlijn (uitgeprocedeerde asielzoekers vallen niet onder het bereik van artikel 3 van de richtlijn), geen reden voor is. Wellicht voorzag de minister een probleem als met beslissing werd bedoeld: een beslissing over de opvangvoorzieningen. In dat geval zou het recht op opvangvoorzieningen van een uitgeprocedeerde asielzoeker pas eindigen als daartoe een aparte beslissing over de opvangvoorzieningen is genomen, en niet zoals nu het geval is, van rechtswege als gevolg van de meeromvattende beschikking op de asielaanvraag.

De omzetting van artikel 21, eerste lid van de richtlijn

Het recht op beroep dat in artikel 21, eerste lid, van de richtlijn wordt voorgescreven, is op juiste wijze in het Nederlandse recht omgezet. De Nederlandse Algemene wet bestuursrecht biedt tegen een besluit van het COA over verstrekkingen op grond van de Rva 2005 het recht op beroep bij de bestuursrechter. Artikel 3a Wet COA biedt in het bijzonder de mogelijkheid om tegen besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht en tegen sommige andere handelingen

over het onthouden of het beëindigen van opvangvoorzieningen direct beroep in te stellen op de vreemdelingenrechter. Deze rechter fungeert als bijzondere bestuursrechter en is gebonden aan de algemene regels van bestuursprocesrecht die in dit hoofdstuk in paragraaf 5.4.1 zijn weergegeven.

Tegen enkele algemene besluiten over opvangvoorzieningen, zoals een beleidsregel of een besluit dat algemeen verbindende voorschriften vaststelt, stelt de Awb geen beroep op de bestuursrechter open. Ook is geen bestuursrechtelijk beroep mogelijk tegen sommige individuele beslissingen in de zin van artikel 16 van de richtlijn, omdat de beslissing niet op rechtsgevolg is gericht. Als een rechtsgang op de bestuursrechter ontbreekt, is de burgerlijke rechter bevoegd te oordelen over de onrechtmatigheid van de beslissing, zodat ook in dat geval sprake is van een juiste omzetting van artikel 21, eerste lid, van de richtlijn.

5 | De omzetting van de Opvangrichtlijn in Frankrijk

1. INLEIDING

Dit hoofdstuk behandelt de omzetting van de Opvangrichtlijn in het Franse recht. In paragraaf 2 tot en met 5 worden de Franse asielprocedure, de rechtsmiddelen tegen deze asielbesluiten en de handhavingsmaatregelen beschreven en de wettelijke vereisten voor het recht op opvangvoorzieningen voor asielzoekers in Frankrijk tijdens deze procedure geschetst. In paragraaf 6 wordt specifieke aandacht besteed aan het Franse recht dat dient ter de omzetting van de Opvangrichtlijn. Zo wordt beschreven op welk niveau in de normenhiërarchie de omzetting van de richtlijn heeft plaats gevonden en welke specifieke bepalingen van nationaal recht dienen ter omzetting van artikel 3 (de doelgroep), artikel 16 (de gronden voor het intrekken, weigeren of beperken van de materiële opvangvoorzieningen) en 21, eerste lid (voorwaarden van rechtsbescherming tegen deze beslissingen) van de richtlijn. De vraag wordt beantwoord of de omzetting volgens de regels van EU-recht heeft plaats gevonden en in paragraaf 7 volgt een voorlopige conclusie.

2. DE FRANSE ASIELPROCEDURE

2.1 Nationale bronnen

In de Franse literatuur over het vreemdelingenrecht wordt door auteurs veel aandacht besteed aan het beginsel van gelijkheid in de Franse rechtsstaat. De vreemdeling op Frans grondgebied ontdekt al snel dat de betekenis van deze waarde, die deel uitmaakt van het sinds de Franse revolutie gehanteerde adagium *liberté, égalité, fraternité*, beperkt is, omdat artikel 3, vierde alinea, van de Grondwet van 1958 een onderscheid maakt tussen hem en de Franse *citoyen*. Loschak ontwaart in dit verband een contradictie tussen de 'theoretische universaliteit van de rechten van de mens en hun restrictieve toepassing als het gaat over vreemdelingen'.¹ Jestaz merkt op dat '*en France, l'étranger jouit de tous les droits qui ne lui sont pas spécialement refusés*'.² Een recht dat bijvoorbeeld in tegenstelling tot de burger met de Franse nationaliteit niet aan de vreemdeling toekomt, is het kiesrecht en even-

1 Loschak 1981, p. 621.

2 Jestaz 1994, p. 168.

min kan hij aanspraak maken op sociale voorzieningen die Franse burgers genieten.³ De vreemdeling die asiel aanvraagt heeft eveneens te maken met dit onderscheid: voor hem gelden aparte regels voor de toelating tot Frankrijk, de asielprocedure en het recht op opvangvoorzieningen.

Het fundament van het Franse asielrecht wordt gevormd door de Franse *Constitution* (hierna: Grondwet) en het Verdrag van Genève. De Grondwet biedt het recht op asiel aan eenieder die wordt vervolgd vanwege zijn handelen ten behoeve van de vrijheid. Hiermee wordt bedoeld op de vreemdeling die in zijn land wordt vervolgd vanwege zijn politieke strijd in het kader van de verdediging van mensenrechten en de democratie. Deze vreemdeling wordt aangeduid met de term *combattant de la liberté*.⁴ Op grond van het Verdrag van Genève⁵ en de grondwet van 25 juli 1952 biedt Frankrijk tevens bescherming aan de vreemdeling die gegronde vrees heeft voor vervolging op grond van zijn ras, religie, nationaliteit, herkomst of politieke overtuiging. De beslissingsbevoegdheid om het recht op asiel ook daadwerkelijk aan de asielzoeker toe te kennen, komt volgens artikel 53, eerste lid van de Grondwet van 1958, toe aan de Franse autoriteiten.

De belangrijkste materiële bron van het Franse vreemdelingenrecht is de '*Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*' (hierna: CESEDA).⁶ Hoofdstuk VII vormt het asieldeel van deze wet en kent twee vormen van bescherming: het vluchtelingenschap en de subsidiaire bescherming. Artikel L713, eerste lid van die wet bepaalt dat l'*Office français de protection des réfugiés et apatrides* (OFPRA) bevoegd is te beslissen over asielaanvragen. In 2008 was Frankrijk met 42.599 aanvragen het land met het grootste aantal asielaanvragen van de Europese Unie. In 2009 was dit nog steeds het geval, en was het aantal asielaanvragen gestegen tot 47.686.⁷

De OFPRA is gelet op de CESEDA ingesteld door de minister voor asielzaken en is een publieke organisatie met rechtspersoonlijkheid en financiële en bestuurlijke autonomie waarvan de organisatiestructuur is vastgelegd in artikel L722 van

3 De *Conseil Constitutionnel* (CC) heeft echter over laatstgenoemd recht in het kader van het gelijkheidsbeginsel enkele belangrijke uitspraken gedaan, die het eerder beschreven onderscheid relativeren. In een uitspraak uit 1990 oordeelt de CC bijvoorbeeld dat het niet bieden van de in die uitspraak in het geding zijnde ouderdomsuitkering aan vreemdelingen die rechtmatig in Frankrijk verblijven, strijdig is met genoemd beginsel. Zie CC 22 januari 1990, nr. 89-269 DC.

4 Vierde alinea van de Preamble van de Grondwet van 1946.

5 Verdrag van Genève, 28 juli 1951.

6 De CESEDA werd geïntroduceerd door middel van de *ordonnance 2004-1248 van 24 november 2004 (JO 25 november 2004) relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, en is sindsdien meermaals gewijzigd. Deze wet en overige wet- en regelgeving in Frankrijk zijn te vinden op www.legifrance.gouv.fr. Verder kan over de asielprocedure in Frankrijk veel informatie worden ingewonnen via <http://vincenttchen.typepad.fr>. Dit is een site van een advocaat en bekend auteur in het vreemdelingenrecht.

7 http://www.ofpra.gouv.fr/documents/Rapport_Ofpra_2009_complet_BD.pdf.

de CESEDA. De minister ressorteert onder '*Le ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire*'. Het ministerie is vanaf 2007 bevoegd het regeringsbeleid ten aanzien van immigratie, asiel, integratie van geïmmigreerde bevolkingsgroepen voor te bereiden en in werking te stellen en de promotie van de nationale identiteit en de '*développement solidaire*' te bevorderen. Op grond van het besluit van 3 mei 2007⁸ heeft het ministerie onder andere de verantwoordelijkheid voor het bieden van voorzieningen aan bepaalde aangewezen personen. Artikel 1 van het besluit van 26 december 2007⁹ bepaalt dat de centrale administratie van het ministerie bestaat uit de afdeling asiel, welke het departement asielrecht en bescherming, het departement asiel aan de grens en de toelating tot verblijf, en het departement voor vluchtelingen en de opvang van asielzoekers omvat.

Vlak voor de afronding van dit boek is het beleidsterrein immigratie overgeheveld naar '*Le ministère de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*'.

2.2 Verschillende vormen van bescherming

De OFPRA oordeelt over alle asielvragen, onafhankelijk van de vorm van bescherming waarom door de asielzoeker wordt gevraagd. Er bestaan verschillende vormen van bescherming om welke de vreemdeling die zijn land is ontvlucht, kan verzoeken.¹⁰ De status van vluchteling wordt volgens artikel L711 van de CESEDA toegekend aan de asielzoeker die voldoet aan de voorwaarden van artikel 1 A, lid 2 van het Verdrag van Genève. Daarnaast kan ook ieder persoon die wordt vervolgd vanwege handelen ten behoeve van de vrijheid als bedoeld in de vierde alinea van de Grondwet van 1946, de status van vluchteling verkrijgen. Deze status wordt ook wel constitutioneel asiel genoemd.

De voornoemde gronden werden hiervoor al als het fundament van het Franse asielrecht bestempeld. Een derde grond voor het verkrijgen van de status van vluchteling die in de CESEDA wordt beschreven is de situatie dat sprake is van een persoon over wie het Hoge Commissariaat voor vluchtelingen van de Verenigde Naties zijn mandaat uitoefent ingevolge de artikelen 6 en 7 van zijn statuut zoals dit is aangenomen door de Algemene Vergadering van de VN op 14 december 1950. Ten slotte wordt op grond van artikel L711 van de CESEDA als vluchteling erkend, de vluchteling aan wie deze status op grond van het Vluchtelingenverdrag is verschaft door andere landen dan Frankrijk.¹¹

8 Décret n° 2007-999, 31 mai 2007 (JO 1er juin 2007) relatif aux attributions du Ministre.

9 Décret n° 2007-1891 du 26 décembre 2007 (JO 30 décembre 2007).

10 In verband met de probleemstelling van dit boek beperk ik mij tot een kort overzicht. Voor een meer diepgaande beschouwing van de verschillende motieven en actoren in het vluchtelingenrecht verwijs ik naar Le Pors 2008 p. 47 t/m 81.

11 De term die in Frankrijk wordt gebruikt voor de hervestiging van politiek vluchtelingen is *reinstallation*. Frankrijk heeft bijvoorbeeld 100 personen opgenomen die door

De *Conseil d'Etat* (CE) erkent daarnaast ook de eenheid van gezinsleven voor de vluchteling, die inhoudt dat het vluchtelingenschap op grond van familiebanden onder voorwaarden ook aan een familielid van de vluchteling toekomt.¹²

De tweede vorm van bescherming is de subsidiaire bescherming. Deze wordt voor de duur van een jaar toegekend aan de persoon die niet voldoet aan de vereisten van het vluchtelingenschap, maar bewijst dat hij in zijn land is blootgesteld aan de in artikel L712, eerste lid, van de CESEDA beschreven ernstige bedreigingen, zoals de doodstraf, marteling, onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen.¹³ Deze bepaling is een omzetting van de Richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming (hierna: kwalificatierichtlijn).¹⁴ De CE erkent het principe van familie-eenheid niet voor de vreemdeling die subsidiaire bescherming geniet,¹⁵ dit dus in tegenstelling tot wat de CE oordeelt over de politieke vluchteling. Wel kent de CESEDA het familielid van de subsidiair beschermde vreemdeling een tijdelijk verblijfsdocument toe.

Artikel 713 CESEDA tenslotte bevat enkele bijkomende algemeen geldende voorwaarden voor het verkrijgen van voornoemde vormen van bescherming, bovendien kent de wet enkele weigeringsgronden.

Een andere vorm van (Europese) bescherming wordt geboden door de richtlijn betreffende minimumnormen voor het verlenen van *tijdelijke bescherming* in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanning van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen (hierna: richtlijn tijdelijke bescherming).¹⁶ Deze richtlijn is in de CESEDA omgezet.¹⁷ De Opvangrichtlijn is niet van toepassing op de asielzoekers die onder het bereik van de richtlijn tijdelijke bescherming vallen. Om deze reden wordt in dit verband niet verder op deze richtlijn ingegaan.

Malta bescherming waren toegekend. Eveneens zijn tussen 2008 en 2010, 1200 Irakezen opgevangen.

12 CE 2 december 1994, *Mme Agyepong*, Rec. CE, p. 523.

13 Het tweede en derde lid van artikel 712 CESEDA geven aan onder welke omstandigheden geen recht (meer) bestaat op subsidiaire bescherming.

14 *PbEU* 2004, L 304/12.

15 CE, 18 december 2008, *Mme A épouse B*, nr. 283245.

16 Richtlijn 2001/55/EG van de Raad van 20 juli 2001 betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanning van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen. *PbEG* 2001, L 212, p. 12.

17 In artikel L811-1 tot en met 811-9, en in R811-1 tot en met R811-16, van de CESEDA.

Ten slotte kent Frankrijk nog twee categorieën van bescherming: *l'asile discrétionnaire* en *l'asile de fait*.¹⁸ De eerste categorie houdt de mogelijkheid in om een persoon zonder rechtmatig verblijf desondanks verblijf toe te staan, zonder dat sprake is van een duidelijke wettelijke bevoegdheid daartoe. De bevoegdheid tot het toekennen van dit recht wordt wel gebaseerd op een uitspraak van 13 augustus 1993 van de *Conseil Constitutionnel*.¹⁹ In deze uitspraak oordeelt de *Conseil Constitutionnel* dat het bestuur kan bepalen dat de illegale situatie van een vreemdeling wordt geregulariseerd.

Voorbeelden van personen aan wie op deze grond verblijfsrecht is toegestaan, zijn de Iraanse ayatollah Khomeyni, de Afrikaanse zelfbenoemde keizer Bokassa, en de Haïtiaanse familie Duvalier. Maar ook de regularisatie van ouders van schoolgaande kinderen in 2006 is onder deze noemer geschied.

L'asile de fait zou volgens Le Pors kunnen worden toegepast²⁰ als sprake is van een preciaire situatie, waarin regularisatie gewenst zou zijn en slechts kan plaatsvinden door middel van een discretionaire individuele of collectieve maatregel. Hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan afgewezen asielzoekers, die niet kunnen worden teruggestuurd en een risico vormen doordat zij illegaal op Frans grondgebied verblijven. Ongeveer 250.000 afgewezen asielzoekers zouden in 2008 op Frans grondgebied verblijven, andere schattingen lopen uiteen van 200.000 tot 400.000.²¹

2.3 Chronologisch overzicht van de asielprocedure

2.3.1 Toegang tot Frans grondgebied: de zone d'attente

De asielzoeker die zich na aankomst bij een grenspost van Frankrijk meldt en geen toegang tot Frankrijk heeft,²² kan door de grenspolitie in een 'zone d'attente' worden vastgehouden ('*maintien*') als hij geen recht heeft op toegang tot Frankrijk, of toelating op asielgronden vraagt.²³ Er bestaan zones in havens of op vliegvelden waar door de prefect van een departement een dergelijke zone is gecreëerd. Het verblijf in de zone is voornamelijk bedoeld om te beoordelen of sprake is van een 'manifest ongefundeerde asielaanvraag'.²⁴ Deze beoordeling is de taak

18 Le Pors 2008, p. 38.

19 CC 13 augustus 1993, nr. 93-325 DC.

20 Le Pors 2008, p. 38-39.

21 Volgens een rapport van *l'Inspection générale des affaires sociales et de l'Inspection générale de l'administration*, <http://www.igas.gouv.fr>.

22 Les Départements et Collectivités territoriales d'outre-mer (DOM-CTOM) behandel ik in dit onderzoek niet.

23 Artikelen 221 tot en met 224 van de CESEDA. In 2007 werden 16.318 vreemdelingen in een zone d'attente geplaatst.

24 Zie voor de invulling van manifest ongefundeerde asielaanvraag: CC, dec. 92-307 DC, 25 februari 1992.

van de *Division asile a la frontière de l'OFPRA* (hierna: DAF) en valt onder de bevoegdheid van de minister van l'immigration, l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire. De minister neemt een definitieve beslissing of de asielzoeker toegang tot Frankrijk wordt geboden.

De *zone d'attente* valt onder de verantwoordelijkheid van de lucht- en grenspolitie (Dcpaf) of van de douane (Dgddi), en is volgens de *Conseil Constitutionnel* niet te vergelijken met een *centre de rétention*.²⁵ In de *zone d'attente* hebben de vastgehouden vreemdelingen onderdak en voeding, en genieten zij verschillende rechten zoals het recht op een tolk en een arts en het recht op bezoek door belangenorganisaties.²⁶ Bij wet van 26 november 2003²⁷ is de *Commission nationale de contrôle des centres de rétention et des zones d'attente* ingesteld,²⁸ die toeziet op de rechten van de vreemdelingen die er zijn geplaatst, op hygiëne, gezondheid, veiligheid en accommodatie. Artikel 223, eerste lid CESEDA voorziet eveneens in een controle van de zone door de procureur van de Republiek en de '*juge des libertés et de la détention*'. De plaatsing in een *zone d'attente* is op grond van rechtspraak van het EHRM een vrijheidsberoving in de zin van artikel 5, eerste lid van het EVRM,²⁹ maar is volgens het EHRM niet in strijd met de eisen van dit Verdrag.³⁰ Aan het vereiste van spoedeisendheid wordt voldaan wanneer voor de in de zone geplaatste vreemdeling moeilijkheden ontstaan om te worden toegelaten tot een ander land dan zijn land van herkomst.³¹

De Franse rechtsbescherming tegen beslissingen tot vasthouden in een *zone d'attente* is gecompliceerd omdat zowel de bestuursrechter (*juge administratif*) als de gewone rechter (*juge judiciaire*) bevoegd kunnen zijn (zie voor een beschrijving van de rechtsbescherming in Frankrijk paragraaf 6.5.1). Dit heeft te maken met het grondwettelijk gegeven dat enerzijds het vasthouden in een *zone d'attente* een inbreuk is op de bewegingsvrijheid van personen, waarover de *juge judiciaire* een oordeel kan worden gevraagd.³² Anderzijds is de *juge administratif* naar Frans recht naar aanleiding van een *recours en annulation* bevoegd te oordelen over de bestuursrechtelijke grondslag voor beslissingen over de weigering van toegang en over het vasthouden in een *zone d'attente*.³³

25 CC 25 februari 1992, nr. 92-307 DC.

26 Artikel L221, vierde lid van de CESEDA.

27 Voltooid met het toepassingsbesluit nr. 2005-616 van 30 maart 2005, JO 31 mei 2005.

28 Ingesteld door de *ministère de l'intérieur*.

29 EHRM 25 juni 1996, AJDA 1996, p. 1016 (*Amuur c/France*).

30 EHRM 29 januari 2008, nr. 13229/03 (*Saadi c/Royaume-Uni*).

31 CE 24 oktober 2005, *Min. Intérieur et Aménagement du territoire c/M. M.*; AJDA 2006, p. 496, noot Slama.

32 Artikel 66 van de Franse Grondwet regelt dat deze rechter bevoegd is te oordelen over geschillen met betrekking tot inbreuken op individuele vrijheden.

33 Zie voor het oordeel dat de bestuursrechter bevoegd is te oordelen over een plaatsing in de *zone d'attente*: CE 18 december 1996, *Min. Int c/Rogers*, *Rec. Lebon*, p. 509.

De mogelijkheid tot het instellen van beroep bij de bestuursrechter zodra de vreemdeling op Frans grondgebied is, werd in artikel L213-9 van de CESEDA bij wet van 20 november 2007 geïntroduceerd nadat het EHRM Frankrijk in de zaak *Gebremehin*³⁴ had veroordeeld. De vreemdeling kan de president van de bestuursrechtbank binnen 48 uur na de beslissing tot vasthouden om vernietiging van de beslissing vragen, op welk verzoek binnen 76 uur dient te worden beslist. Dit verzoek heeft schorsende werking en brengt bepaalde rechten met zich zoals het recht op een tolk. Ook heeft de vreemdeling de mogelijkheid van hoger beroep binnen 15 dagen na de beslissing van de president van de rechtbank.³⁵ Als de weigeringsbeslissing is vernietigd en de vreemdeling recht op toegang tot Frankrijk heeft, wordt een einde gemaakt aan het verblijf van de vreemdeling in de *zone d'attente* en krijgt deze een 8-daags visum. In deze periode wordt hem door de bevoegde autoriteit voorlopig verblijf toegestaan op grond waarvan hij bij de OFPRA asiel kan aanvragen.

De '*juge judiciaire*' is bevoegd te oordelen over individuele vrijheden (*libertés individuelles*), over het naleven van procedurevoorschriften en over het vasthouden in een '*zone d'attente*'.

In zijn hoedanigheid van rechter inzake individuele vrijheden heeft ook de '*juge judiciaire*' de bevoegdheid te oordelen over de rechtmatigheid van de vrijheidsontneming. Deze bevoegdheid vloeit voort uit artikel 66 van de Grondwet: het bestuursorgaan dient deze rechter te raadplegen binnen 4 dagen na de beslissing tot vasthouden in de *zone d'attente*. Ook krijgt de vreemdeling informatie over fundamentele rechten zoals het recht op een advocaat, arts en een tolk. Deze procedure wordt in de CESEDA beschreven.³⁶

Artikel L222-6 van deze wet schrijft de mogelijkheid van appel voor, maar deze biedt geen schorsende werking voor de vreemdeling. In zijn hoedanigheid van rechter die oordeelt over het naleven van procedurevoorschriften en vasthouden, dient de *juge judiciaire* ook na te gaan of bijvoorbeeld de regels inzake de termijnen van de procedure worden nageleefd. Ten slotte kan deze rechter ook worden gevraagd de beslissing tot vasthouden in de *zone d'attente* goed te keuren.³⁷

2.3.2 Indienen van de aanvraag

Als in de *zone d'attente* blijkt dat sprake is van een 'manifest ongefundeerde asiel-aanvraag', wordt de vreemdeling niet toegelaten tot Frankrijk. Als *geen* sprake is van een manifest ongefundeerde asielaanvraag, wordt de vreemdeling toegang geboden tot Frankrijk, waarna hij voor de periode van acht dagen een vrijgeleide

34 EHRM 26 april 2007, AB 2007/227 (*Gebremehin/Frankrijk*).

35 Artikel L213-9 van de CESEDA.

36 Artikel L222 en verder van de CESEDA.

37 Artikelen L222-1, L222-2 et L222-3 van de CESEDA.

door middel van een *visa de régularisation* krijgt om zich te melden bij de prefectuur en er voorlopig verblijf aan te vragen, voordat de formele aanvraag bij de OFPRA wordt gedaan: in deze periode is de asielzoeker rechtmatig in Frankrijk. In dit stadium dient de asielzoeker domicilie te kiezen bij familie of vrienden, of bij een advocaat of een organisatie: de reden is dat een postadres beschikbaar dient te zijn. De asielaanvraag moet worden ingediend bij de dienst buitenlanders van de prefectuur of van de onderprefectuur van het departement in welke de vreemdeling aangeeft te zijn gehuisvest.³⁸ Recentelijk is overigens sprake van regionalisatie: één prefect wordt aangewezen als enig bevoegde persoon in een regio.³⁹ Als de asielzoeker zijn aanvraag tot verblijf indient, verschaft de prefectuur aan de asielzoeker de '*Guide du demandeur d'asile*'.⁴⁰ Deze gids biedt informatie over de rechten van de asielzoeker met betrekking tot de opvang en over organisaties die juridische of andere hulp kunnen bieden.

2.3.3 Voorlopig verblijf: *Autorisation provisoire de séjour* (APS)

De prefect bij wie de aanvraag wordt ingediend, beoordeelt niet (nogmaals) of de asielaanvraag manifest ongefundeerd is. Daarna stelt de prefect vast of de wettelijke weigeringsgronden voor verblijf in Frankrijk zich voordoen, zoals ingeval van een Dublinclaim of indien de asielzoeker afkomstig is uit een *pays sûr*.⁴¹ Als niet wordt voldaan aan één van de weigeringsgronden wordt de asielzoeker binnen 15 dagen een *autorisation provisoire de séjour* (APS) voor één maand verstrekt met de aantekening: 'met het oog op de volgens OFPRA te ondernemen stappen' en verkrijgt hij een formulier voor de asielaanvraag.⁴² De prefect van het departement waar hij zich bevindt, is bevoegd over het verlenen van de APS te beslissen.⁴³

De asielaanvraag moet vervolgens binnen 21 dagen na de uitreiking van de APS door middel van voornoemd formulier in de Franse taal⁴⁴ bij de OFPRA

38 De asielaanvraag wordt ingediend door middel van een daartoe bestemd formulier dat door de *préfecture* wordt verschaft.

39 De verschillende besluiten verwijzen in dit kader naar artikel R 741-2 Bijvoorbeeld Auvergne: JORF n° 0067 van 20 maart 2009 p. 5049, tekst n° 36: Arrêté du ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales et le ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire, du 12 mars 2009 portant régionalisation de l'admission au séjour des demandeurs d'asile dans la région Auvergne.

40 *Guide du demandeur d'asile*, Paris: La documentation Française 2009.

41 L741, lid 4, onderdelen 1 tot en met 4, van de CESEDA.

42 R742-1 van de CESEDA.

43 R741-1 van de CESEDA.

44 L723-1, CESEDA, schrijft dit voor. De commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa bestempelt deze taaleis als discriminatoir (Rapport van M. Alvaro Gil-Roblès, 15 februari 2006).

worden ingediend, bij gebreke waarvan de asielaanvraag niet bij de OFPRA wordt geregistreerd.⁴⁵ Deze wettelijke eis leverde aanvankelijk veel moeilijkheden op die leidden tot de weigering van registratie van 10% van de asielzoekers; dit percentage is teruggelopen sinds de OFPRA in dezen een soepeler beleid hanteert.⁴⁶

De CESEDA bepaalt dat de asielzoeker aan wie de voor één maand geldige APS is verstrekt, binnen drie dagen na afloop ervan in het bezit wordt gesteld van een *récépissé de la demande d'asile* (hierna: *récépissé*) onder de voorwaarde dat de asielzoeker van de OFPRA schriftelijk bewijs heeft gekregen van de registratie van de asielaanvraag, de zogenaamde *lettre d'enregistrement de la demande d'asile*.⁴⁷ Een beroep tegen een weigering van registratie door de OFPRA moet worden ingediend bij de bestuursrechter.⁴⁸ Het *récépissé* biedt de asielzoeker na het verlopen van de eerste voor een maand geldige APS, opnieuw een voorlopig verblijfsrecht (eveneens APS genoemd), maar deze is nu geldig voor drie maanden. Het *récépissé* wordt steeds met drie maanden verlengd totdat de OFPRA een beslissing op de asielaanvraag heeft genomen, of de rechter (*Cour nationale du droit d'asile*, CNDA) over de asielaanvraag heeft geoordeeld (zie paragraaf 3).

Als de asielzoeker bij de OFPRA is geregistreerd, wordt de aanvraag door een *officier de protection* in behandeling genomen en onderzocht. De *officiers de protection* zijn ambtenaren die over 4 geografische divisies zijn verdeeld: Europa, Afrika, Azië en Amériques-Maghreb. De beslissing op de asielaanvraag dient binnen 6 maanden te worden genomen door de directeur-generaal van de OFPRA of door een daartoe gedelegeerde medewerker.⁴⁹

2.3.4 Versnelde asielprocedure: demande d'asile en priorité

Als de *autorisation provisoire de séjour* (APS) wordt geweigerd, omdat op de asielzoeker één van de hiervoor reeds genoemde wettelijke weigeringsgronden voor het recht op verblijf van toepassing is,⁵⁰ beslist de OFPRA versneld op de asielaanvraag in de *procédure prioritaire*, ook wel genoemd de *procédure accélérée* of, ludiek bedoeld, de *procédure TGV*.⁵¹ Deze procedure voor de behandeling van de

45 Conseil d'Etat statuant au contentieux N° 274509, 9 maart 2005.

46 Castagnos-Sen 2006.

47 R742-2 van de CESEDA.

48 CE 9 maart 2005, Moinuddin, nr. 274509.

49 De gemiddelde duur voor de behandeling van een asielaanvraag (dus los van de soort aanvraag) bedroeg in 2008: 100 dagen (rapport d'activité 2008, te vinden op www.OFPRA.gouv.fr).

50 L741, lid 4 CESEDA.

51 Met uitzondering van de asielzoekers die onder de Dublinverordening (343/2003) vallen, voor wie een aparte procedure wordt gehanteerd.

*demande d'asile en priorité*⁵² kent zeer korte en strikte termijnen voor beide partijen. De asielzoeker dient binnen 15 dagen zijn complete aanvraag te overhandigen aan de prefectuur. De OFPRA heeft de plicht te beslissen op de aanvraag⁵³ binnen 15 dagen nadat de asielaanvraag bij de prefectuur is geregistreerd. Voor een onderzoek naar een tweede of volgende aanvraag⁵⁴ die door de prefectuur wordt beschouwd als *un recours abusif aux procédures d'asile* (L741, vierde lid), bedraagt de termijn voor het indienen 8 dagen, en voor het beslissen door de OFPRA 96 uur.

2.3.5 Minderjarige asielzoekers: mineurs isolés

De '*mineur isolé*'⁵⁵ (alleenstaande minderjarige asielzoeker, hierna: MIE) ondergaat een afwijkende behandeling in de asielprocedure. De wet schrijft ten eerste voor dat de MIE geen verblijfstitel nodig heeft en de voorwaarden voor toelating van deze asielzoekers staan beschreven in een circulaire van het *ministère de l'Intérieur* (binnenlandse zaken). Deze voorwaarden houden onder meer in dat een *administrateur ad hoc* wordt benoemd⁵⁶ die onder andere bevoegd is om het asielformulier te ondertekenen en dit over te dragen aan de OFPRA.⁵⁷ De prefectuur dient de procureur van de Republiek te verzoeken deze *administrateur ad hoc* te benoemen, maar in de praktijk komt het voor dat een antwoord soms meer dan zes maanden op zich laat wachten. Dit heeft tot gevolg dat de MIE gedurende deze periode geen mogelijkheid heeft zijn asielaanvraag in te dienen.⁵⁸ Is de asielaanvraag eenmaal ingediend, dan behoeft de MIE geen toestemming tot verblijf door middel van het verstrekken van de APS, volgt hij de gewone asielprocedure en wordt het dossier in tegenstelling tot de aanvraag van de volwassen asielzoeker zonder verdere voorwaarden geregistreerd. De MIE kan niet worden uitgezet en de verwijderingsmaatregel *réconduit à la frontière* kan niet worden uitgesproken.⁵⁹

52 In 2008 werden 10.527 asielaanvragen volgens de versnelde procedure behandeld, een stijging van 26% ten opzichte van 2007 (*Rapport d'activité 2008*, te vinden op www.OFPRA.gouv.fr).

53 R723, lid 3, CESEDA.

54 7.195 in het jaar 2008 (*Rapport d'activité 2008*, te vinden op www.OFPRA.gouv.fr).

55 Deze categorie asielzoekers van MIE deed 410 asielaanvragen in 2008; sinds 2004 is sprake van een dalend aantal asielaanvragen van deze groep (*Rapport d'activité 2008*, te vinden op www.OFPRA.gouv.fr).

56 L751-1 CESEDA.

57 Hoofdstuk 5 van de Circulaire van het ministère de l'Intérieur, no. NOR: INT/D/05/00051/C van 22 april 2005 ter uitvoering van wet no. 2003-1176 van 10 december 2003. (circulaire te vinden via www.interieur.gouv.fr/sections/a_votre_service/lois_decrets_et_circulaires/view; maar ook via www.gisti.org) groupe d'information et de soutien des immigrés. Ook via: www.cfda.rezo.net/textes/circulaire-asile.pdf (Coordination Française pour le Droit d'Asile).

58 Castagnos-Sen 2006. p. 125.

59 L511-4 en L521-4 CESEDA.

De wet en circulaires⁶⁰ bepalen onder welke voorwaarden de MIE de Franse nationaliteit verkrijgt, of tijdelijk verblijf wordt toegestaan tot hij de achttienjarige leeftijd heeft bereikt.⁶¹

3. RECHTSMIDDELEN TEGEN AFWIJZING VAN DE ASIELAANVRAAG

De asielzoeker kan binnen een maand na de beslissing van de OFPRA, aan de OFPRA vragen zijn zaak te heroverwegen naar aanleiding van een soort bezwaarschrift (*recours gracieux*) maar hij kan ook zonder of na afloop van een *recours gracieux* aan de minister van *l'immigration, l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire* vragen zijn zaak te heroverwegen op grond van een *recours hiérarchique*. Het beroep tegen de afwijzing van de asielaanvraag van de OFPRA heeft geen schorsende werking en moet op straffe van niet-ontvankelijkheid worden ingesteld binnen een maand na de bekendmaking van het besluit van de OFPRA bij de *Cour nationale du droit d'asile* (CNDA), die sinds *la loi Hortefeux* in 2007 de rechtsopvolger is van de *Commission des recours des réfugiés* (CRR). De CNDA is een gespecialiseerde rechter die behoort tot de *juridiction administrative*.⁶² Deze instantie staat onder leiding van een voorzitter die lid is van de *Conseil d'Etat* en is benoemd door de vice voorzitter van diezelfde *Conseil d'Etat*. De CNDA beslist over het beroep dat wordt ingesteld tegen asielbeslissingen van de OFPRA.⁶³ Ook dit beroep heeft geen schorsende werking.⁶⁴

Dient de asielzoeker het beroep niet binnen de wettelijke termijn in, dan wordt de asielbeslissing rechtens onaantastbaar. De tegen de beslissingen van de OFPRA ingestelde beroepen⁶⁵ bij de CNDA zijn *recours de plein contentieux*. Deze vorm van beroep wordt in paragraaf 6.5.2.2 nader omschreven.

De uitspraak van de CNDA wordt binnen drie weken na de zitting in het openbaar gedaan. Deze kan bijvoorbeeld strekken tot het verwerpen van het beroep met als gevolg dat de asielzoeker geen recht op bescherming heeft in Frank-

60 L21-12 Code civil; bijvoorbeeld circulaire NOR/INT/D/05/00053/C van 5 mei 2005 over toelatingsvoorwaarden voor minderjarigen.

61 Zie verder voor een omschrijving van het recht over de toelating van de minderjarige alleenstaande asielzoeker: *Guide juridique de prise en charge des mineurs isolés étrangers et demandeurs d'asile*, Les cahiers de social no. 16, France Terre d'Asile, augustus 2009 (uitgave eigen beheer).

62 CE 26 november 2003, *Celik*.

63 L731, lid 1; L711, lid 1; L712, lid 1 tot en met 3; L723, lid 1 tot en met lid 3 van de CESEDA.

64 De mogelijkheid van het vragen van het opschorten van de werking van een besluit door middel van een verzoek aan de rechter wordt onder de paragraaf rechtsbescherming beschreven. Zie ook: Aubin 2009, p. 287-292.

65 Zie voor een handig overzicht van specifieke rechtsmiddelen: www.gisti.org/IMG/pdf/cj_referes.pdf.

rijk of tot de vernietiging van de beslissing van de OFPRA met erkenning van het vluchtelingenschap of het toekennen van subsidiaire bescherming. Tegen de uitspraak van de CNDA kan cassatie worden ingesteld bij de *Conseil d'Etat*. Ook dit rechtsmiddel heeft geen schorsende werking.

In Frankrijk is de onafhankelijkheid van de asielrechtspraak ter discussie gesteld. Zo veronderstelde *la Commission nationale consultative des droits de l'homme* (CNCDH) in een rapport van 28 november 2006,⁶⁶ dat de bestuurlijke en financiële afhankelijkheid van de rechtsvoorganger van de CNDA (de CRR) van de OFPRA, haaks staat op het principe van onafhankelijkheid van bestuursrecht-spraak. Het zou kunnen leiden tot veroordeling van Frankrijk door Europese rechters. Het verbinden van de rechtbank aan de *Conseil d'État* garandeert volgens de Franse wetgever een in asielrecht gespecialiseerde administratieve rechtspraak die een onafhankelijke controle van de beslissingen van het bestuur waarborgt. Sinds 1 januari 2009⁶⁷ voorziet het Franse recht in een benoeming door een secretaris generaal door de vice-président van de *Conseil d'État* (L732-1 CESEDA) en wordt de onafhankelijkheid van de CNDA op financieel en bestuurlijk gebied gewaarborgd.⁶⁸

Met het oog op de toegankelijkheid van deze rechtspraak is van belang dat asielzoekers die over onvoldoende middelen beschikken (in 2009 minder dan 885 euro netto per maand) zonder betaling een advocaat krijgen toegewezen; zij die inkomsten hebben tussen de 885 en 1328 euro per maand krijgen een gedeeltelijke vergoeding van de kosten van hun juridische bijstand. De rechtshulp kan worden aangevraagd bij verschillende instanties zoals het *bureau de l'aide juridictionnelle* (*Baj*) van het *tribunal de grande instance* of bij het gemeentehuis waar de asielzoeker verblijft.

4. DE HANDHAVING VAN HET VREEMDELINGENRECHT: DETENTIE EN VERWIJDERINGSMAATREGELEN

Le droit de la police administrative is een belangrijk deel van het Franse vreemdelingenrecht omdat het de mogelijkheid biedt tot het treffen van een aantal maatregelen ten aanzien van de vreemdeling die geen recht heeft op toelating tot Frankrijk.⁶⁹ De maatregelen bestaan uit het plaatsen in detentie (*la rétention administrative*) en het nemen van verwijderingsmaatregelen (*les mesures d'éloignement*) ten aanzien van de vreemdeling.

⁶⁶ Castagnos-Sen 2006, p. 107 t/m 109.

⁶⁷ Le décret n° 2008-1481 du 30 décembre 2008.

⁶⁸ De *Conseil d'État* oordeelde meermaals dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechtsvoorganger van het CNDA (CCR) niet op grond van artikel 6 EVRM kan worden betwist. Zie CE 7 november 1990, nr. 93993 en CE 10 januari 2003, nr. 228947.

⁶⁹ Aubin 2009, p. 261-277.

Detentie dient allereerst te worden onderscheiden van *l'assignation à résidence*. Dit laatste houdt in dat de vreemdeling die het Franse grondgebied moet verlaten en die terecht stelt dat het voor hem niet mogelijk is aan deze plicht te voldoen, verplicht wordt om zich op een aangewezen plaats op te houden en zich periodiek bij de politie en de gendarmerie te melden.⁷⁰ Wordt niet aan deze plicht voldaan, dan kan een gevangenisstraf van maximaal drie jaar worden opgelegd.⁷¹ De CESEDA kent zes gronden voor het in detentie plaatsen van de vreemdeling die samenhangen met de situatie dat de vreemdeling het Franse grondgebied moet verlaten.

De plaatsing van de vreemdeling in een '*centre de rétention administrative*' niet zijnde een penitentiare inrichting, kan in de in artikel L551-1 van de CESEDA genoemde gevallen worden bevolen. Een voorbeeld is de situatie dat de vreemdeling, voordat hij wordt overgedragen aan de bevoegde autoriteiten van een andere Europese lidstaat met toepassing van artikel L531-1 en L531-2 van de CESEDA, het Franse grondgebied niet direct kan verlaten, zoals in het geval van een Dublinprocedure.

Andere voorbeelden zijn het geval dat de vreemdeling voor wie een verwijderingsmaatregel is getroffen, niet onmiddellijk het Franse grondgebied kan verlaten, of ingeval met toepassing van artikelen L511-1 tot en met L511-3 een '*arrêté de reconduite à la frontière*' (een verwijderingsmaatregel inhoudende terugleiding naar de grens) is genomen. Deze moet minder dan een jaar daarvoor zijn uitgevaardigd en als voorwaarde geldt tevens dat de vreemdeling het Franse grondgebied niet onmiddellijk kan verlaten.

De beslissing tot plaatsing in een '*centre de rétention administrative*' wordt genomen door de prefect van het departement (en in Parijs de prefect van de politie) na ondervraging van de vreemdeling.⁷² De beslissing dient schriftelijk en gemotiveerd te zijn, en de vreemdeling wordt op bepaalde rechten gewezen zoals de mogelijkheid de hulp van een tolk in te roepen. Een aantal bepalingen van de CESEDA bevat regels voor het indienen van een asielaanvraag in een dergelijke '*centre de rétention administrative*'.⁷³ Deze centra vallen ingevolge artikel R553-2 onder de verantwoordelijkheid van de prefect die territoriaal bevoegd is (in Parijs de prefect van de politie). Een speciaal decreet van 22 augustus 2008⁷⁴ biedt enkele specifieke rechten aan de vreemdeling die zich in detentie bevindt.

Het '*règlement intérieur*'⁷⁵ dat een *centre de rétention administrative* ingevolge artikel R553-4 van de CESEDA dient op te stellen, bevat rechten van in het centrum vastgehouden vreemdelingen. De in het reglement opgenomen regels bevatten het recht op juridische informatie over de procedure, het contact met hulp-

70 L513-4 van de CESEDA.

71 L624-1 van de CESEDA.

72 Artikel L551-2 jo. artikel R551-1 van de CESEDA.

73 Bijvoorbeeld L-551-3, R 553-15, R 723-1.

74 Décret no. 2008-817 van 22 augustus 2008, JO van 23 augustus 2008.

75 JO 6 mei 2006 bevat het modelreglement.

organisaties, de voorwaarden voor bezoek, de toegang tot bepaalde voorzieningen zoals sanitaire, het recht op maaltijden, telefoon, vrije tijd en voor de bewegingsvrijheid in het centrum. Sinds 1984 is de CIMADE⁷⁶ de belangrijkste organisatie voor de belangenbehartiging van vreemdelingen in de detentiecentra. De uitoefening van rechten van vreemdelingen is er volgens CIMADE en naar de mening van Joly⁷⁷ de laatste jaren steeds meer verslechterd.

In het Franse vreemdelingenrecht worden van detentie de volgende *verwijderingsmaatregelen* onderscheiden: *l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière* (hierna: APRF), *l'obligation de quitter le territoire français* (hierna: OQTF), *la mesure d'éloignement prise dans le cadre du dispositif Schengen* (hierna: MES), en *la mesure d'expulsion*. De APRF is een teruggeleide naar de grens. Deze is in kwantitatief opzicht de belangrijkste verwijderingsmaatregel en wordt bijvoorbeeld opgelegd als de vreemdeling niet kan bewijzen dat hij rechtmatig Frankrijk is binnengekomen, en bovendien geen geldige titel van verblijf heeft (L511-1 CESEDA). De OQTF⁷⁸ is de verplichting het Franse grondgebied te verlaten en werd bij wet Sarkozy 2 van 24 juli 2006 ingevoerd. De maatregel is te plaatsen tussen de weigering van verblijf en de APRF: als de vreemdeling geen verblijfstitel wordt toegestaan of niet meer wordt verlengd of ingeval de verblijfstitel of de *autorisation de séjour* (APS) wordt ingetrokken om andere redenen dan die te maken hebben met bedreiging van de openbare orde, kan deze maatregel worden opgelegd. Sinds de wet Hortefeux van 20 november 2007 geldt de procedure voor de oplegging van de OQTF ook voor afgewezen asielzoekers en hoeft de beslissing niet te worden gemotiveerd.⁷⁹ De MES⁸⁰ is een verwijderingsmaatregel voor de vreemdeling die onrechtmatig het grondgebied is binnengekomen en daar heeft verbleven, en bovendien valt onder het toepassingsbereik van Dublin: deze vreemdeling kan aan de autoriteiten van de bevoegde lidstaat worden overgedragen. De *mesure d'expulsion*⁸¹ wordt opgelegd aan de vreemdeling van wie de aanwezigheid op Frans grondgebied een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, terwijl de maatregel strikt noodzakelijk is voor de staatsveiligheid of voor de bescherming van de openbare orde. Het systeem van rechtsbescherming tegen de voornoemde maatregelen is complex⁸² en wordt door middel van het wetsvoorstel *le projet de loi relatif à l'immigration, l'intégration et la nationalité* (2010) op korte

76 CIMADE stamt uit 1939 en staat voor Comité Inter-Mouvements Auprès Des Evacués, www.cimade.org.

77 Joly, 'Omerta sur les clandestins', *Le Monde*, 3 oktober 2008.

78 L511-1-1 CESEDA.

79 L742-3 CESEDA; L511-1 CESEDA.

80 L531-1 tot en met L531-3 CESEDA.

81 L521-1 tot en met L524-4 CESEDA.

82 Voor een beschrijving ervan, zie Aubin 2009, p. 292-297.

termijn gewijzigd. Volgens de CNCDH zal sprake zijn van een marginalisering van de rechtsbescherming tegen deze vrijheidsontnemende maatregelen.⁸³

5. HET RECHT OP OPVANGVOORZIENINGEN

Het recht op opvangvoorzieningen voor asielzoekers wordt in de EU-lidstaten in belangrijke mate genormeerd door de bepalingen van de Opvangrichtlijn, die eerder zijn beschreven in hoofdstuk 3. In de hierna volgende paragraaf komt de omzetting in het Franse recht van bepalingen van de richtlijn uitgebreid aan de orde. Op nationaal niveau biedt de Franse Grondwet een belangrijke basis voor het recht op opvangvoorzieningen. De *Conseil d'Etat* neemt sinds 2008 aan dat dit recht een afgeleide is van het grondwettelijk asielrecht en oordeelt om deze reden dat het recht op opvangvoorzieningen van asielzoekers met grondwettelijke waarborgen is omkleed. Het onthouden van opvangvoorzieningen aan asielzoekers kan mogelijk een inbreuk vormen op dat recht.⁸⁴

Het recht op opvangvoorzieningen completeert het aantal rechten dat in de lijn van de uitspraak *Hyacinthe et Gisti*⁸⁵ al door de rechter van het asielrecht werd afgeleid. Deze zijn het recht om als vluchteling tot Frankrijk toe te worden gelaten en te kunnen profiteren van essentiële waarborgen zoals het recht op informatie over de procedure,⁸⁶ het recht aanwezig te kunnen zijn bij een persoonlijk onderhoud,⁸⁷ en het recht van vertrouwelijkheid van informatie van elementen die de asielaanvraag betreffen.⁸⁸

Het recht op opvangvoorzieningen voor asielzoekers is bovendien in verscheidene bijzondere wetten in formele zin geregeld en verschilt bijvoorbeeld van de rechten die aan vreemdelingen worden toegekend die al een recht op verblijf in Frankrijk hebben verkregen, zoals erkende vluchtelingen.⁸⁹

Eén van deze wetten in formele zin is *La loi du 5 mars 2007 sur le droit au logement opposable* (hierna: Wet DALO).⁹⁰ Hoewel deze wet bepalingen bevat over de

83 Zie voor dit rapport: http://www.gisti.org/IMG/pdf/pdl_besson_2010-07-05_avis-cncdh.pdf.

84 CE 16 juni 2008, nr. 300636, 300637; CE 23 maart 2009, nr. 325884, G.

85 CE 12 januari 2001, nr. 229039.

86 CE 30 juli 2008, nr. 313767.

87 CE 25 november 2003, nr. 261913.

88 CE, 28 september 2007, nr. 299732.

89 Het recht op huisvesting van vluchtelingen is bijvoorbeeld geregeld in artikel R.441-1 van de Code de la construction et de l'habitation, en in het arrêté interministériel du 25 mars 1988 relatif aux conditions de séjour des personnes physiques.

90 La loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JORF 6 maart 2007. Zie voor een verslag van de CE over de toepassing van deze wet: Conseil d'Etat, *Rapport public 2009: Droit au logement, droit du logement*, Paris: La Documentation française 2009.

huisvesting van Fransen en vreemdelingen met *permanent* verblijf, is artikel 4 van die wet voor asielzoekers van belang omdat deze bepaling niet als voorwaarde stelt dat de vreemdeling vast verblijf in Frankrijk heeft en deze bepaling heeft geleid tot voorlopige voorzieningprocedures bij de bestuursrechter over het recht op onderdak. Het belang van eerst genoemde bepaling voor de rechtsbescherming van de asielzoeker komt in paragraaf 6.5.3.3 aan de orde.⁹¹

Andere wetten in formele zin zijn onderdeel van de *Code du travail*, de *Code de l'Action sociale et des familles* (CASF) en de eerder genoemde *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA). Deze wetten zijn van bijzonder belang voor de kennis van het recht op opvangvoorzieningen, omdat zij de materiële rechten beschrijven en voorwaarden stellen voor het verkrijgen van het recht op deze voorzieningen op nationaal niveau. Deze rechten en plichten van de asielzoeker worden in de Codes in verschillende lagere (materiële) wetgeving nader beschreven, en in circulaires uitgewerkt. De Codes bieden een basis voor een gemengd systeem van collectieve opvang in de vorm van opvangcentra zoals de *Centres d'Accueil pour demandeurs d'asile* (CADA), en individuele opvang door middel van een tijdelijke financiële toelage: *une allocation temporaire d'attente* (ATA).⁹²

De asielzoeker wordt in beginsel in een opvangcentrum geplaatst, maar als de asielzoeker wegens gebrek aan opvangplaatsen niet kan worden opgevangen wordt hem de ATA verstrekt. De voorkeur van de Franse regering voor de opvang van asielzoekers in een opvangcentrum boven de opvang in de vorm van het bieden van een ATA, blijkt onder andere uit een interministeriële circulaire uit 2006.⁹³ De voornaamste reden voor deze voorkeur is een gebrek aan reguliere woonruimte voor asielzoekers.⁹⁴

Uit een uitspraak van de *Conseil d'Etat* van 22 november 2010 blijkt echter dat in Frankrijk ook sprake is van een gebrek aan opvangplaatsen in de opvangcentra. De rechter oordeelt dat de beslissing van de minister om een asielzoeker in afwachting van meer definitieve huisvesting, in een tent onder te brengen, recht-

91 Dit artikel is door middel van artikel 73 van *la LOI n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion* ingetrokken, maar gelijklopende of meer specifieke bepalingen zijn bij diezelfde wet ingepast in de code de l'action sociale et des familles (art. L345-2-2 et L345-2-3).

92 In het leven geroepen door *la loi de finances* van 2006, JO 31 december 2005, ter vervanging van de allocation d'insertion.

93 Circulaire 24 november 2006, DPM/ACI3/2006/495; Circulaire Interministerielle van le Ministère de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire en le Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement, DPM/ACJ3/2006/495 van 22 december 2006 relative à l'allocation temporaire d'attente, p.7. Bulletin officiel du ministère chargé des affaires sociales n° 2007/1 p. 223-238. Te vinden op www.emploi-solidarite.gouv.fr of op www.sante.gouv.fr.

94 Dit blijkt uit het evaluatierapport van Europese Commissie over de richtlijn COM (2007) 745 definitief, 26 november 2007, p. 7.

matig is.⁹⁵ Franse belangenorganisaties zijn van mening dat deze situatie de vrucht is van het beleid van de Franse overheid dat dit tekort aan opvangplaatsen heeft doen ontstaan.⁹⁶

5.1 *Allocation temporaire d'attente*

De ATA heette tot 2006 *l'allocation d'insertion*. Deze voorziening bestond in dat jaar uit een toelage van 9,84 euro per dag en werd voor een periode van maximaal 12 maanden verstrekt. De beperking in tijd, het lage bedrag en de exclusieve toekenning aan volwassen asielzoekers was in Frankrijk onderwerp van kritiek.⁹⁷ De allocation d'insertion werd in 2006 vervangen door de ATA die aan asielzoekers wordt geboden gedurende de *gehele* asielprocedure. Deze verbetering van de positie van de asielzoeker kwam voort uit de omzetting van de opvangrichtlijn.⁹⁸ Artikel L5423-11 van de Code du travail schrijft voor dat de ATA maandelijks achteraf wordt uitgekeerd. Het bedrag wordt per besluit⁹⁹ vastgesteld en wordt in beginsel elk jaar herzien. Bovendien hebben asielzoekers toegang tot de gezondheidszorg en onderwijs.

Uit het verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over de toepassing van de richtlijn¹⁰⁰ blijkt echter dat de hoogte van het bedrag niet volstaat. De bedragen zijn volgens het verslag slechts zelden evenredig met de minimale sociale bijstand die aan burgers wordt verleend. De Commissie constateert dat zelfs als van deze evenredigheid sprake is, de bedragen nog altijd ontoereikend zijn, daar asielzoekers niet kunnen terugvallen op familie en/of andere informele vormen van steun.

De instantie bij wie de aanvraag voor een ATA volgens het Franse recht moet worden ingediend is de *Pôle d'Emploi*. De Staat heeft gelet op artikel L5423-14 *Code du travail* een overeenkomst met deze in artikel L5312-1 van dezelfde wet

95 CE 22 november 2010, nr. 344373 (monsieur M).

96 Zie bijvoorbeeld <http://www.gisti.org/spip.php?article2120>.

97 Coordination Française pour le droit d'asile (CFDA): *Création d'une Allocation temporaire d'attente: une gestion comptable de l'accueil des demandeurs d'asile (novembre 2005)*, <http://cfda.rezo.net/Accueil>.

98 Artikel 154 van La loi de finances 2006, JO 31 december 2005 wijzigt in deze zin artikel 351-9 van de Code du travail, dat is vervangen door artikelen 351-9 tot 351-9-5. Zie hiervoor de Circulaire Interministerielle van le Ministère de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire en le Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement, DPM/ACJ3/2006/495 van 22 december 2006 relative à l'allocation temporaire d'attente, p. 7.

99 Artikel 1 van het Décret n° 2009-124 du 4 février 2009 revalorisant l'allocation temporaire d'attente, l'allocation spécifique de solidarité et l'allocation équivalent retraite. NOR: CED0901767D. In 2010 bedroeg de ATA 10, 67 euro per dag.

100 COM(2007) 745 definitief, 26 november 2007.

bedoelde instantie afgesloten. De *Pôle d'Emploi* is opgericht in 2008¹⁰¹ en is een *institution nationale publique dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière*. Deze nationale overheidsinstelling met rechtspersoonlijkheid en financiële autonomie dient naar Frans bestuursrecht te worden gekwalificeerd als *établissement public administratif*. Ze wordt door de Staat gefinancierd, neemt de beslissing over het toekennen, het opschorten en het beëindigen van het recht op de ATA en maakt deze aan de asielzoeker bekend. Tegen beslissingen van de *Pôle d'Emploi* staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open (zie paragraaf 6.5.3.2).

De voorwaarden voor de toekenning van de ATA worden beschreven in artikel L5423-8 (en verder) van de *Code du travail* en worden uitgewerkt in circulaires.¹⁰² Voor de doelgroep van de richtlijn is relevant dat de *Code du travail*¹⁰³ het recht op een ATA biedt aan de asielzoeker die een ontvangstbewijs (*récépissé*) van de prefectuur heeft van de asielaanvraag die is gericht op het verlenen van de erkenning als vluchteling. Voorwaarde is dat voldaan is aan de leeftijdseis van 18 jaar en de inkomenseis die inhoudt dat de maandelijkse inkomsten niet hoger zijn dan de *revenu minimum d'insertion* als genoemd in de *Code de l'Action sociale et des familles* (CASF).¹⁰⁴ Ook de asielzoeker die subsidiaire bescherming vraagt, heeft recht op deze voorziening. Dit vloeit voort uit het beginsel dat één loket wordt gebruikt voor de asielaanvraag, en valt af te leiden uit artikel L-713-1 van de CESEDA dat bepaalt dat de OFPRA op asielaanvragen beslist over de erkenning als vluchteling of het bieden van subsidiaire bescherming. De ATA wordt uitgekeerd zolang geen sprake is van een *definitieve* beslissing over de aanvraag van de asielzoeker,¹⁰⁵ en de uitkering eindigt de maand volgend op het definitief asielbesluit.

5.1.1 Uitsluiting van het recht op een Allocation temporaire d'attente

Een aantal categorieën asielzoekers wordt naar Frans recht uitgesloten van het recht op een ATA. Ten eerste krijgen asielzoekers die ingevolge artikel L741-4 van de CESEDA geen toegang tot Frankrijk wordt geboden, geen recht op een ATA.¹⁰⁶

101 LOI n° 2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi; zie meer specifiek: Décret n° 2008-1010 du 29 septembre 2008 relatif à l'organisation du service public de l'emploi, JORF n° 0228 du 30 septembre 2008.

102 Zie bijvoorbeeld Circulaire interministérielle n° NOR IMIM0900085C relative à l'allocation temporaire d'attente, afkomstig van (o.a.) le ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire, van 3 november 2009.

103 L5423-8-1 Code du travail.

104 R5423-18 en R5423-23 Code du travail.

105 De CE bevestigt in zijn rechtspraak deze wettelijk vastgelegde plicht. CE 23 maart 2009, nr. 325884. In dezelfde zin TA Nice 17 februari 2009, nrs. 0900542 en 0900545.

106 L5423-8-1 van de Code du travail. Zie ook Décret n° 46-1574 du 30 juin 1946 réglementant les conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers.

Daarnaast sluit artikel L5423-9 van de *Code du travail* naar huidig recht een aantal specifieke groepen asielzoekers uit van het recht op een ATA.

De eerste groep die volgens de laatstgenoemde bepaling geen recht heeft op een ATA bestaat uit afgewezen asielzoekers met een tweede of volgende asielaanvraag. Als de OFPRA echter signaleert dat sprake is van humanitaire omstandigheden die in het Franse recht zijn omschreven¹⁰⁷ wordt toch een ATA verstrekt. Ook als de asielzoeker nieuwe elementen aan zijn asielaanvraag ten grondslag legt, wordt een ATA verstrekt. Deze situatie komt voort uit het oordeel van de *Conseil d'Etat* van 16 juni 2008.¹⁰⁸ In deze uitspraak oordeelt de CE dat de asielzoeker die een tweede of volgende asielaanvraag indient op basis van nieuwe elementen, vanaf het moment dat de OFPRA beslist de asielaanvraag in behandeling te nemen ook voor een ATA in aanmerking komt.

Artikel L5423-9 van de *Code du travail* sluit daarnaast een asielzoeker ook uit van het recht op een ATA als hij al in een opvangcentrum voor asielzoekers wordt opgevangen. De laatste grond voor uitsluiting van dit recht is de omstandigheid dat de asielzoeker 'een aan de wettelijke voorwaarden voldoende aanbod tot het op zich nemen van de kosten van het onderhoud' afwijst.

Het decreet van 13 november 2006 waarmee het recht op de ATA en de voornoemde uitsluitingen werd geregeld, is door de *Conseil d'Etat* in juni 2008 deels vernietigd.¹⁰⁹ Deze vernietiging heeft onder andere geleid tot het schrappen van dat deel van artikel L5423-9 van de *Code du travail* dat asielzoekers uit veilige derde landen uitsloot van dit recht (zie over de gevolgen van deze uitspraak van de *Conseil d'Etat* ook paragraaf 6, omzetting van de richtlijn).

De *Commission Nationale Consultative des droits de l'homme*¹¹⁰ had al in 2006 opgemerkt dat de voorzieningen voor de asielzoeker in Frankrijk in een aantal gevallen niet beschikbaar zijn voor de asielzoeker vanaf het moment dat hij zijn asielverzoek doet, en concludeerde dat deze situatie in strijd is met artikel 13 van de opvangrichtlijn.

5.2 *Le Dispositif national d'accueil* (DNA): opvang in centra

5.2.1 *Historie*

De nationale opvangvoorziening *Le Dispositif national d'accueil* (DNA) werd in 1974 op initiatief van France Terre d'asile gecreëerd voor de opvang van Chileense vluchtelingen. Ze is daarna bestemd voor vluchtelingen uit zuid-west-Azië en vanaf 1976 voor vluchtelingen van verschillende herkomst. De DNA bestond uit noodopvangcentra, de *centres provisoires d'hébergement* (CPH), en twee doorgangs-

107 Wet no. 2008-1425 van 27 december 2008, art. 156.

108 CE 16 juni 2008, nr. 300636, 300637.

109 *Idem*.

110 Castagnos-Sen 2006, p. 145.

centra. De in de CPH verblijvende asielzoekers die meestal in het kader van hervestigingsprogramma's naar Frankrijk kwamen, waren doorgaans erkende vluchtelingen of kregen in ieder geval een permanent recht op verblijf. De CPH hadden dus voornamelijk sociaaleconomische integratie in Frankrijk als doel. De DNA werd eind jaren negentig om verschillende redenen ter discussie gesteld. Een belangrijke reden was de sterke stijging van de aantallen asielaanvragen (tot 60.000 in 1990) die gepaard ging met verminderde aantallen erkende vluchtelingen. Deze situatie leidde tot maatregelen van de *Office français de protection des réfugiés et apatrides* (OFPRA) zoals een procedure voor de versnelling van de beoordeling van de asielaanvragen. De eerder genoemde term *procédure TGV* stamt uit die tijd. De totale duur van de procedure werd daarmee aanzienlijk teruggebracht, tot minder dan een jaar.¹¹¹ De Franse regering concludeerde uit deze ontwikkelingen dat bij de opvang van asielzoekers niet langer integratie voorop stond. Om deze reden werd het doel van de opvangcentra gewijzigd, namelijk het bieden van tijdelijk verblijf zolang de asielaanvraag nog in behandeling is.

5.2.2 Centres d'Accueil pour demandeurs d'asile (CADA)

De verandering van de DNA werd door de Franse autoriteiten in samenwerking met France Terre d'asile voorbereid.¹¹² Ze trad in werking met de circulaire van 19 december 1991¹¹³ die de DNA verdeelt in de *Centres d'Accueil pour demandeurs d'asile* (CADA) voor asielzoekers en de voornoemde CPH's waar erkende vluchtelingen worden gehuisvest. De CADA's worden door de staat gefinancierd door middel van een subsidie van het *ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire* (voorheen was dit het ministerie van sociale zaken). Het bestuur van de centra wordt overgelaten aan organen die voornamelijk het rechtskarakter 'vereniging' dragen en door een overeenkomst zijn verbonden aan de staat, zoals Sonacotra, Aftam en France Terre d'asile. Het *Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations* (Anaem)¹¹⁴ was van 2005 tot 2009 de instantie die het beheer van de huisvesting in de centra coördineerde. Sinds maart 2009 is het *Office français de l'immigration et de l'intégration* (Ofii) als coördinerende instantie aangewezen. Artikel L5223 van de *Code du travail*¹¹⁵ bepaalt dat de Ofii een 'bestuursorgaan' (*établissement public administratif d'Etat*) is

111 Voor kritiek op deze procedure: zie het rapport van UNHCR uit 2010 over opvang in procedure prioritaire: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/search?page=&comid=4baa1f8d9&cid=49aea9390&keywords=eu-asylum-procedures&sort=title>.

112 Voor een historisch overzicht van de ontwikkeling van het dispositif national d'accueil, zie LAY 2006, p. 24-26.

113 Circulaire nr. 91-22 van het ministerie van sociale zaken (ministère des Affaires sociales) van 19 december 1991.

114 De Aneam is ingesteld bij Besluit (décret) 2005-381 van 20 april 2005 (*JO* van 24 april 2005).

115 Sinds de wijziging door middel van Décret n°2009-331 du 25 mars 2009 - art. 4.

dat tot doel heeft deel te nemen aan het bestuur, de gezondheidszorg en de sociale zorg op het gebied van de opvang van asielzoekers. De Ofii coördineert het beheer in de CADA.

De opvang van asielzoekers in de CADA wordt genormeerd door de *Code de l'Action sociale et des familles* (CASF) en de verschillende op deze wet gebaseerde circulaires. Deze wet biedt vreemdelingen *l'aide sociale* en medische hulp ingeval van toelating tot een CADA.¹¹⁶ Deze wet beschrijft de voorwaarden voor het bieden van deze hulp in een CADA. Zo bepaalt artikel L348-1 van de CASF dat de asielzoeker die in het bezit is van een verblijfsdocument als bedoeld in L742-1 van de CESEDA recht heeft op deze hulp. Dit verblijfsdocument is het *document provisoire de séjour* (paragraaf 2.3.3).

Artikel R348-1 van het regelgevende deel van de CASF bepaalt dat het aanbod van opvang in een CADA wordt gedaan door de prefect die bevoegd is tot onderzoek van de aanvraag tot toelating tot verblijf door de asielzoeker. In Parijs is de prefect van de regio Ile-de-France, ook prefect van Parijs, bevoegd. Als de asielzoeker het aanbod tot opvang accepteert, informeert de prefect de CADA hierover en vraagt hij de asielzoeker zich aan de beheerder van het opvangcentrum te presenteren. Deze neemt zelf de uiteindelijke beslissing tot toelating tot de CADA.¹¹⁷ De voorwaarden van toelating en verblijf in het opvangcentrum, evenals de organisatie van de verdeling van opvangplaatsen op lokaal, departementaal, regionaal en nationaal niveau, worden geregeld in een interministeriële circulaire.¹¹⁸

De CADA's dienen zorg te dragen voor de opvang, huisvesting en sociale en administratieve begeleiding van de asielzoeker gedurende de asielprocedure, totdat een beslissing is genomen door de OFPRA op de asielaanvraag, of indien door de CNDA een definitieve uitspraak is gedaan over deze beslissing. De voorwaarden voor het functioneren van de CADA en de financiering van dit opvangcentrum worden bij decreet vastgesteld. Dit decreet preciseert ook de wijze waarop de opgevangen asielzoekers bijdragen aan hun eigen onderhoud in het centrum.¹¹⁹ Artikel L348-4 van de CASF schrijft voor dat de voorziening in een CADA slechts kan worden geboden indien een overeenkomst tussen het centrum en de Staat met dit doel bestaat die voldoet aan de voorwaarden die per decreet zijn vastgesteld, en doelstellingen, middelen, activiteiten en controle-instrumenten van het opvangcentrum omschrijft.¹²⁰

De asielzoekers in een CADA krijgen ingevolge artikel R348-4 onder II van de CASF een '*allocation mensuelle de subsistance*' (AMS) bestemd voor de dekking

¹¹⁶ Artikel L111-2 onder 2 van de CASF.

¹¹⁷ Artikel L348-3 en R348-2 van de CASF.

¹¹⁸ DPM/CI3/2007, no 2007-184 van 3 mei 2007, *relative aux modalités d'admission dans les centres d'accueil pour demandeurs d'asile et de sortie des centres*.

¹¹⁹ Artikel L348-2 onder II van de CASF.

¹²⁰ Zie ook D348-6 van de CASF.

van individuele kosten. Het bedrag van de AMS varieert, bijvoorbeeld naar gelang de wijze van opvang of is afhankelijk van de samenstelling van het gezin.¹²¹

Asielzoekers moeten bij binnenkomst in de CADA een *contrat de séjour* (een privaatrechtelijk verblijfscontract)¹²² tekenen en de voorwaarden van het interne reglement accepteren.¹²³ In het bijzonder is artikel 5 van deze overeenkomst voor de omzetting van artikel 16 van de richtlijn van belang. Het eerstgenoemde artikel bepaalt onder welke voorwaarden de asielzoeker in de CADA van voorzieningen kan worden uitgesloten als hij de overeenkomst niet respecteert. Ook schrijft dit artikel voor wie bevoegd is deze beslissing te nemen (zie paragraaf 6.4.1.2).

De sancties staan in artikel 11 van het reglement de fonctionnement dat als bijlage is gevoegd aan de circulaire van juli 2008.¹²⁴ De Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)¹²⁵ schrijft dat sancties slechts in uitzonderlijke gevallen worden opgelegd, gelet op de ernst van de consequenties die deze heeft voor de asielzoeker. Het hoofdkantoor van France Terre d'Asile en de directeur van het asielzoekerscentrum in Creteil bevestigen deze waarneming.¹²⁶

5.2.3 *Bijzondere opvangcentra voor asielzoekers: les dispositifs d'hébergement d'urgence en de Centres de transit*

Naast de CADA bestaan er noodopvangvoorzieningen voor asielzoekers in Frankrijk: de *Accueil d'urgence des demandeurs d'asile* (AUDA). Deze vorm van opvang is in het jaar 2000 in het leven geroepen om het hoofd te bieden aan de crisis in de opvang van asielzoekers en om de organisatie van noodopvang van *Ile-de-*

121 Artikel 3 van de Arrêté interministériel van 31 maart 2008. Zie ook: artikel 5 van de circulaire No. NOR IMIA0800035C van 24 juli 2008 van 'Le ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire' relative aux missions des centres d'accueil pour demandeurs d'asile (CADA) et aux modalités du pilotage du dispositif national d'accueil (DNA).

122 Décret no 2007-1300 du 31 août 2007 relatif aux conventions conclues entre les centres d'accueil pour demandeurs d'asile et l'Etat et aux relations avec les usagers, modifiant le code de l'action sociale et des familles (partie réglementaire), JO 2/9/2007 (ANNEXE). De bijlage van het Décret dat gelet op artikel L348-4 van de CASF is vastgesteld door het *ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire*, bevat het standaard verblijfscontract tussen de asielzoeker en het centrum.

123 D311 van de CASF.

124 Circulaire No. NOR IMIA0800035C van 24 juli 2008 van 'Le ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire' relative aux missions des centres d'accueil pour demandeurs d'asile (CADA) et aux modalités du pilotage du dispositif national d'accueil (DNA)

125 Castagnos-Sen. 2006, p. 165.

126 Verslag bezoek Parijs oktober 2009 (in archief van auteur).

France te wijzigen. De bestaande centra konden niet meer voldoen aan de behoeften van huisvesting van asielzoekers. Het budget voor de opvang van asielzoekers in de Auda's ligt duidelijk lager dan dat van de CADA's. De AUDA's worden sinds 2007 door Adoma beheerd. Dit is een *société d'économie mixte chargée lors de sa création de loger les travailleurs étrangers* en beheert de centra in overeenkomst met de staat.

Een andere speciale vorm van noodvoorziening zijn *Centres de transit* in Créteil (regio Parijs) en in Villeurbanne (regio Lyon). Deze centra laten de volgende categorieën asielzoekers toe:¹²⁷ de asielzoeker die door de prefectuur voorlopig verblijf is verstrekt en die naar een CADA of AUDA zal worden gebracht; de asielzoeker op wie de 'Dublinprocedure' wordt toegepast en dus de toegang tot een CADA wordt geweigerd; de asielzoeker in '*procédure prioritaire*' en die dus de toegang tot een CADA wordt geweigerd; de asielzoeker van wie de asielaanvraag is afgewezen of op wiens aanvraag nog niet is beslist, maar ervoor kiest vrijwillig terug te keren met behulp van de Ofii. In dit onderzoek wordt niet verder ingegaan op deze vormen van noodopvang.

6 DE OMZETTING VAN DE RICHTLIJN IN HET FRANSE RECHT

6.1 Inleiding

In deze paragraaf komt allereerst de wijze van omzetting in het Franse recht aan de orde en wordt de omzetting van artikel 3, 16 en 21, eerste lid, van de richtlijn in het Franse recht beschreven. Er is bovendien gekozen voor een aparte behandeling van de omzetting van artikel 6 van de richtlijn omdat het recht op opvangvoorzieningen in Frankrijk afhankelijk is gesteld van het bezit van een document als bewijs van het indienen van een asielaanvraag.

6.2 Wijze van omzetting

De plicht voor de Franse wetgever tot het vastleggen van de voorwaarden voor de opvang van asielzoekers vloeit ten eerste voort uit het EU-recht dat in hoofdstuk 2 en 3 is behandeld. De *Conseil Constitutionnel* heeft daarnaast uitgesproken¹²⁸ dat in Frankrijk de wetgever grondwettelijk is verplicht tot de omzetting van regels van communautair recht. Het tot regelgeving bevoegde gezag ('*pouvoir réglementaire*') werkt deze wettelijke bepalingen vervolgens uit door middel van *décrets* of *arrêtés*, of door circulaire en *instructions administratives* (zie paragraaf 6.4.4.4).

¹²⁷ La circulaire de la Direction des Populations et des Migrants (DPM) du 8 juillet 1999.

¹²⁸ CC 10 juin 2004, nr. 2004-496 DC.

De opvangrichtlijn is niet op tijd en niet op uitdrukkelijke wijze door aparte wet- of regelgeving omgezet in het Franse recht. Als sprake is van nationale wetgeving waarvan kan worden verondersteld dat deze voortkomt uit de richtlijn, dan wordt door de Franse wetgever niet expliciet gemeld dat deze voortvloeit uit de in de richtlijn beschreven verplichtingen. De richtlijn wordt slechts in drie teksten met het karakter van regelgeving genoemd. In de parlementaire geschiedenis wordt zelden naar de richtlijn en zijn gevolgen voor Frankrijk als lidstaat van de EU verwezen. Deze praktijk verhoudt zich niet tot artikel 26, eerste lid, tweede zin, van de richtlijn. Dit onderdeel van de richtlijn verplicht de lidstaten in de bepalingen zelf of bij de officiële bekendmaking ervan, naar de richtlijn te verwijzen. Het verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over de toepassing van de richtlijn constateert op dit punt echter geen probleem.¹²⁹

De naleving van de richtlijnbevestigingen geschiedt in Frankrijk door het 'stapelen' van oude, bestaande regelgeving, en door de aanneming van nieuwe meer specifieke regelgeving. *La loi relative à l'immigration et à l'intégration*¹³⁰ en in het bijzonder titel V van die wet (*dispositions relatives à l'asile*) is een voorbeeld van nieuwe regelgeving. Zij bevat onder meer bepalingen over de opvang van asielzoekers. De bepalingen uit deze en andere recente wetten¹³¹ vormen het juridische samenstel van regels dat is bestemd ter omzetting van de richtlijn. Deze wetsteksten zijn vastgesteld bij besluit van 24 november 2004¹³² waarmee de meermaals genoemde *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA) is gecreëerd.

De CESEDA geldt als de belangrijkste bron van asielwetgeving, maar als materiële bronnen van wetgeving op het gebied van de opvang van asielzoekers zijn de *Code du travail* en de *Code de l'action sociale et des familles* van groot belang. Deze wetten zijn bij wet van 18 januari 2005 onder de titel *la Cohésion sociale*¹³³ gewijzigd, welke wijzigingen voortkwamen uit het programma 19 '*Rénover l'accueil et l'intégration des populations immigrées*' van het plan '*de cohésion sociale*' van september 2004.¹³⁴

129 Zie het evaluatierapport van de Europese Commissie over de richtlijn COM (2007) 745 definitief, 26 november 2007.

130 Loi 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration (JO du 27 novembre 2003).

131 Loi 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile (JO du 11 décembre 2003) ; la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 dont le titre V contient des 'dispositions relatives à l'asile' (JO du 25 juillet 2006); la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile (JO 21 novembre 2007).

132 Per ordonnance 2004-1248 van 24 november 2004 (JO 25 november 2004).

133 La loi n° 2005-32 de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005.

134 Te vinden op www.ccomptes.fr/fr/CC/documents/RPA/Immigrants.pdf.

6.3 De doelgroep van de richtlijn (artikel 3)

De richtlijn is volgens artikel 3, eerste lid, van toepassing op alle onderdanen van derde landen en staatlozen die een asielverzoek aan de grens of op het grondgebied van een lidstaat hebben ingediend voor zover zij als asielzoeker op het grondgebied mogen verblijven, alsmede op de gezinsleden, indien zij overeenkomstig het nationale recht onder dit asielverzoek vallen. In paragraaf 6.3 van hoofdstuk 3 is met het oog op het afbakenen van de doelgroep van artikel 3, eerste lid van de richtlijn onder meer beschreven welke betekenis de woorden asielverzoek en asielzoeker naar EU-recht toekomt.

Een asielverzoek wordt in de richtlijn gedefinieerd als een door een onderdaan van een derde land of een staatloze ingediend verzoek dat kan worden opgevat als een verzoek om internationale bescherming door een lidstaat uit hoofde van het Vluchtelingenverdrag (artikel 2 onderdeel b).¹³⁵ Naar Frans recht wordt zowel het verzoek van de vreemdeling die verzoekt om internationale bescherming als vluchteling in de zin van artikel L711 van de CESEDA, als ook het verzoek van de vreemdeling die stelt in aanmerking te komen voor subsidiaire bescherming (artikel L712, lid 2, van de CESEDA) als een asielverzoek aangemerkt. De CESEDA bevat weliswaar geen omschrijving van het begrip asielverzoek, maar plaatst beide voornoemde categorieën verzoeken in het hoofdstuk VII (*droit d'asile*) van dit wetboek. Ze zijn in ieder geval asielverzoeken in de zin van de richtlijn.

Een asielzoeker wordt in de richtlijn gedefinieerd als een onderdaan van een derde land of een staatloze die een asielverzoek heeft ingediend waarover nog geen definitief besluit is genomen (artikel 2 onderdeel c). Naar aanleiding van deze omschrijving dringt zich ten eerste de vraag op, op welk moment een asielverzoek nu volgens de richtlijn is *ingediend*. Deze vaststelling is onder meer van belang omdat artikel 13, eerste lid van de richtlijn vereist dat de materiële opvangvoorzieningen beschikbaar zijn vanaf het moment dat de asielaanvraag is ingediend.

6.3.1 *Moment indienen asielverzoek en aanvang van het recht op materiële opvangvoorzieningen*

Voor het toepassingsbereik van artikel 3 van de richtlijn moet de vraag worden beantwoord op welk moment precies sprake is van een ingediend asielverzoek dat recht geeft op (materiële) opvangvoorzieningen. In het Franse recht bestaan materiële opvangvoorzieningen in hoofdlijnen uit het recht op opvang in een CADA of uit het bieden van het recht op een *allocation temporaire d'attente* (ATA)

¹³⁵ Hieraan wordt echter toegevoegd dat elk verzoek om internationale bescherming als een asielverzoek wordt beschouwd, tenzij de betrokkene uitdrukkelijk om een andere vorm van bescherming vraagt waarom afzonderlijk kan worden verzocht.

aan de asielzoeker (zie paragraaf 5). De *Code du travail* biedt het recht op een ATA aan de asielzoeker vanaf het moment dat deze een ontvangstbewijs (*récépissé*) van de prefectuur heeft gekregen van de asielaanvraag bij de OFPRA die is gericht op het verlenen van de erkenning als vluchteling.

Voorafgaand aan het verkrijgen van dit bewijs heeft de asielzoeker zich echter al bij de prefect gemeld met het verzoek zijn asielaanvraag formeel in te kunnen dienen. Vanaf het moment van die eerste gang naar de prefectuur tot het ontvangen van het ontvangstbewijs van de asielaanvraag kunnen echter wel enkele weken zijn verstreken (zie onder de paragrafen 2 en 5).

Het kon dan ook niet uitblijven dat een asielzoeker die in deze omstandigheid zonder opvang zat, hiertegen in procedure zou opkomen. De CE¹³⁶ oordeelt in appel over een afwijzende uitspraak van de bestuursrechter te Straatsburg naar aanleiding van een verzoek tot een voorlopige voorziening om een uit zeven personen bestaande familie uit Kosovo opvang te bieden. De casus was de volgende. De prefect had de familie in de nacht van 23 juli 2009 medegedeeld dat – vanwege het minder functioneren van de prefectorale diensten tijdens de zomer (!) – aan de familie op 20 augustus 2009 de gelegenheid zou worden geboden voor het indienen van de asielaanvraag. De familie werd medegedeeld dat zij toch altijd opvang zouden kunnen krijgen in een *centre d'hébergement d'urgence* (...), maar de prefect ondernam geen passende actie om deze vorm van huisvesting te bewerkstelligen. De CE oordeelt dat in deze omstandigheid sprake is van een *atteinte grave et manifestement illégale*¹³⁷ en spreekt uit dat *M et Mme Q. sont fondés à soutenir que le juge des référés du TA de Strasbourg a commis une erreur de droit sur ce point*. Vergelijkbare uitspraken zijn gedaan door de bestuursrechter in Amiens en in Bordeaux.¹³⁸ Anders is het als de asielzoeker die in het bezit is gesteld van een *autorisation provisoire de séjour* (APS) en in afwachting is van een plaats in een opvangcentrum, een ATA is aangeboden: de CE komt in dat geval tot het oordeel dat geen sprake is van schending van het recht op opvang als afgeleide van het grondrecht op asiel.¹³⁹

In dit verband is ook de in paragraaf 5 genoemde uitspraak van de *Conseil d'Etat* van 22 november 2010 van belang. Deze rechter oordeelt dat de aangevochten beslissing van de minister om een asielzoeker in afwachting van meer definitieve huisvesting, in een tent onder te brengen, rechtmatig is.¹⁴⁰ Artikel 14, achtste lid, van de Opvangrichtlijn staat toe dat de lidstaat bij wijze van uitzondering andere dan de in artikel 14 van de richtlijn genoemde regels voor materiële op-

136 CE 6 augustus 2009, nrs. 330536 en 330537.

137 Zie paragraaf 6.5.1 voor een bespreking van de Franse rechtsbescherming, waaronder de hier genoemde vernietigingsgronden en uitspraakbevoegdheden.

138 TA Amiens, 28 augustus 2009, Mlle A, nr. 0902232; TA Bordeaux, 30 augustus 2009, nrs. 0903365 en 0903367.

139 CE 23 maart 2009, nr. 325884. In dezelfde zin TA Nice, 17 februari 2009, nr. 0900542 en 0900545.

140 CE 22 november 2010, nr. 344373 (*monsieur M*).

vangvoorzieningen vaststellen voor een zo kort mogelijke redelijke termijn als de opvangvoorzieningen in een bepaald geografisch gebied niet voorhanden zijn, of de gewoonlijk beschikbare huisvestingscapaciteit tijdelijk uitgeput is.

Het recht op opvangvoorzieningen vanaf de eerste gang naar de prefectuur, dient niet alleen tijdens de gewone asielprocedure te worden gewaarborgd, maar ook tijdens de *procédure prioritaire* (paragraaf 2.3.4). De bestuursrechter in Straatsburg oordeelt in een voorlopige voorzieningprocedure van een asielzoeker in de versnelde procedure dat de impliciete weigering van de prefect om opvang te verlenen, onder de gegeven omstandigheden een *atteinte grave et immédiate au droit des intéressés de bénéficier, en leur qualité de demandeurs d'asile, d'un hébergement décent pendant l'examen de leurs demandes*.¹⁴¹

6.3.2 Moment einde van het recht op materiële opvangvoorzieningen

Naast de vereisten asielzoeker en asielverzoek stelt artikel 3 van de richtlijn als voorwaarde voor het toepassingsbereik van de richtlijn dat nog geen *definitief besluit* op de asielaanvraag is genomen. Dit begrip wordt in de richtlijn niet nader gedefinieerd. In paragraaf 5.2.1 van hoofdstuk 3 is echter opgemerkt dat de Procedurerichtlijn (artikel 2 onder d) een vergelijkbare term 'definitieve beslissing'¹⁴² kent, die wordt omschreven als

een beslissing of de onderdaan van een derde land of de staatloze de vluchtelingenstatus wordt verleend overeenkomstig Richtlijn 2004/83/EG, waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat in het kader van hoofdstuk V,¹⁴³ ongeacht of dit rechtsmiddel tot gevolg heeft dat de asielzoekers in de lidstaten mogen blijven in afwachting van het resultaat (...).

Artikel 39 van dezelfde Procedurerichtlijn bepaalt verder dat asielzoekers hangende een beslissing in eerste aanleg als asielzoeker op het grondgebied mogen

¹⁴¹ TA Strasbourg, 20 mei 2009, nr. 0902403.

¹⁴² Aangenomen moet worden dat de term 'definitieve beslissing' in de Procedurerichtlijn hetzelfde betekent als 'definitief besluit' in de Opvangrichtlijn. Beide richtlijnen maken immers deel uit van hetzelfde gemeenschappelijke asielsysteem. In het oorspronkelijke voorstel van de Commissie voor de Opvangrichtlijn werd 'definitief besluit' bovendien gedefinieerd als een beslissing waartegen alle mogelijke rechtsmiddelen op grond van de Richtlijn (...) betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus (*Pb EG* 2001/C213 E/19) zijn uitgeput.

¹⁴³ Hoofdstuk V van de Procedurerichtlijn handelt over beroepsprocedures en bepaalt onder andere dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat voor asielzoekers een daadwerkelijk rechtsmiddel openstaat bij een rechterlijke instantie tegen beslissingen inzake hun asielverzoek (art. 39 lid 1 onder a Procedurerichtlijn).

verblijven.¹⁴⁴ Op grond van hoofdstuk V van de Procedurerichtlijn dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat voor asielzoekers een daadwerkelijk rechtsmiddel bij een rechterlijke instantie openstaat tegen een beslissing die inzake hun asielverzoek is gegeven (artikel 39, lid 1). Hieruit kan worden afgeleid dat pas een definitieve beslissing omtrent een asielverzoek is genomen nadat een rechterlijke instantie de primaire beslissing over het asielverzoek heeft getoetst of nadat de asielzoeker geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om een rechtsmiddel in te stellen. Het recht op opvangvoorzieningen moet dus volgens EU-recht tot dat moment gewaarborgd zijn.

Het Franse recht schrijft in dit verband voor dat de asielzoeker die een *récépissé de la demande d'asile* verkrijgt, drie maanden in Frankrijk mag verblijven. Deze termijn wordt steeds verlengd met drie maanden totdat de OFPRA een beslissing op de asielaanvraag heeft genomen of gedurende een tegen deze beslissing ingesteld beroep bij de *Cour nationale du droit d'asile* (CNDA) totdat de CNDA heeft geoordeeld.¹⁴⁵ De hoofdregel dat de asielzoeker tijdens de asielprocedure in Frankrijk mag verblijven, kent overigens meerdere uitzonderingen. In ieder geval wordt geen voorlopige toestemming voor verblijf verleend als zich een wettelijke weigeringsgrond voor verblijf voordoet (L741, lid 4 van de CESEDA). De asielaanvraag wordt in dat geval in de procedure voor de behandeling van een *demande d'asile en priorité*¹⁴⁶ door de OFPRA versneld afgedaan.

Hiervóór stelde ik vast dat het weigeren van voorlopig verblijf in Frankrijk gedurende de asielprocedure door de prefect tot gevolg heeft dat geen recht op opvangvoorzieningen wordt geboden (zie paragraaf 5). De *Conseil d'Etat* heeft zich uitgesproken over een geschil waarin deze situatie aan de orde was.¹⁴⁷ De CE oordeelde dat het niet meer bieden van opvangvoorzieningen voordat definitief op de asielaanvraag is beslist, een *atteinte grave et manifestement illégale* van het grondwettelijk recht op asiel inhoudt. Uitvloeisel van het asielrecht is naar het oordeel van de CE dat de asielzoeker het recht heeft de status van vluchteling aan te vragen en bovendien het recht om tijdens de aanvraagprocedure opvangvoorzieningen te genieten.¹⁴⁸

144 De beslissing over het al dan niet verlenen van schorsende werking aan het beroep wordt dus overgelaten aan de lidstaten.

145 Artikel R742-2 van de CESEDA en artikel R742-3 van de CESEDA.

146 In 2008 werden 10 527 asielaanvragen volgens de versnelde procedure behandeld, een stijging van 26% ten opzichte van 2007 (rapport d'activité 2008, te vinden op www.OFPRA.gouv.fr).

147 CE 23 mars 2009, nr. 325884. In dezelfde zin TA Nice 17 februari 2009, nr. 0900542 en 0900545.

148 Zie ook CE 17 september 2009, nr. 331950, *AJDA* 2010, nr. 4, m.nt. S. Slama, p. 202-209.

6.3.3 Het belang van het recht op een document voor de doelgroep (artikel 6 richtlijn)

Ten slotte verdient de omzetting van artikel 6 van de richtlijn in dit verband aandacht. Hoewel artikel 6 van de richtlijn geen onderdeel uitmaakt van deze studie, is de omzetting ervan in het Franse recht van groot belang voor het recht op opvangvoorzieningen tijdens de asielprocedure. Het Franse recht kent de hiervoor beschreven materiële opvangvoorzieningen immers toe aan de asielzoeker die in het bezit is van een bewijs van het feit dat de vreemdeling een asielaanvraag heeft ingediend en in Frankrijk met dit doel mag verblijven (paragraaf 5).

Artikel 6, eerste lid, van de richtlijn schrijft voor dat de lidstaten ervoor zorgen dat binnen drie dagen nadat een asielverzoek bij de bevoegde autoriteiten is ingediend, aan de asielzoeker een op zijn naam afgegeven document wordt verstrekt waaruit zijn status van asielzoeker blijkt of waarin staat dat hij of zij op het grondgebied van de lidstaat mag verblijven zolang zijn of haar asielverzoek hangende of in behandeling is.

Deze bepaling is in Frankrijk niet op juiste wijze omgezet in het nationale recht omdat de in het artikel genoemde termijn van drie dagen waarin het document dient te zijn verstrekt niet wordt gegarandeerd.

In paragraaf 5 is beschreven dat artikel L5423-8-1 van de *Code du travail* het recht op een ATA-toelage biedt aan de asielzoeker die een ontvangstbewijs van de prefectuur heeft van de asielaanvraag (*'récépissé de la demande d'asile'*) die het recht op een voorlopig verblijf van drie maanden in Frankrijk biedt.¹⁴⁹ Voordat dit bewijs is verkregen, heeft de asielzoeker een lange weg bewandeld. Eerst dient de asielaanvraag bij de prefect te worden ingediend, die maximaal 15 dagen heeft om een APS te verstrekken, waarna pas de formele aanvraag bij de OFPRA kan worden ingediend.¹⁵⁰

De CESEDA bepaalt tevens dat de asielzoeker aan wie de voornoemde (voor één maand geldige) APS door de prefect is verstrekt, binnen *drie dagen* na afloop van deze APS in het bezit wordt gesteld van een *'récépissé de la demande d'asile'*, onder de voorwaarde dat de asielzoeker van de OFPRA schriftelijk bewijs heeft gekregen van de registratie van de asielaanvraag (*'lettre d'enregistrement de la demande d'asile'*).¹⁵¹ Er moet dus ook op de registratie van de asielaanvraag worden gewacht. De termijn van drie dagen die de prefectuur heeft om de *'récépissé'* af te geven was bedoeld ter implementatie van artikel 6 van de richtlijn. De Europese Commissie constateert echter in haar evaluatierapport van 2007 dat de bedoelde termijn in de praktijk niet wordt gehaald.¹⁵² Hetzelfde verhaal geldt voor de asielzoeker die in een opvangcentrum wordt geplaatst. Artikel L348-1 van de

149 De ratio achter dit systeem wordt beschreven in een interministeriële circulaire van 22 april 2005 (NOR: INT/D/05/00051/C).

150 Zie CE 12 oktober 2005, nr. 273198: in deze uitspraak oordeelt de CE over de verenigbaarheid van het decreet 2004 813 van 14 augustus 2004 met artikel 5 en 6 richtlijn.

151 R742-2 van de CESEDA.

152 COM (2007) 745 definitief, 26 november 2007, p. 5.

CASF bepaalt dat de asielzoeker die in het bezit is van een verblijfsdocument als bedoeld in L742-1 van de CESEDA recht heeft op deze opvangvoorziening. Dit verblijfsdocument is het '*document provisoire de séjour*' dat aan de asielzoeker wordt verstrekt wanneer hij wordt toegelaten tot Frankrijk in verband met zijn asielaanvraag. De aanvraag kan niet bij de OFPRA worden ingediend zolang de asielzoeker niet in het bezit is van dit document.

6.3.4 Uitsluiting bepaalde categorieën asielzoekers van materiële opvangvoorzieningen

Eerder is opgemerkt dat de Franse wet de asielzoeker die onder het toepassingsbereik van de Dublinverordening valt, geen recht op opvangvoorzieningen toekent. De Europese Commissie stelt dit ook vast in haar evaluatierapport van 2007.¹⁵³

De CE oordeelt dat de asielzoeker ook tijdens een procedure in het kader van de Dublinverordening, gelet op artikel 3 van de opvangrichtlijn dient te beschikken over opvangvoorzieningen.¹⁵⁴ Deze uitspraak heeft dus tot gevolg dat deze asielzoeker volgens Franse rechtspraak nu toch aanspraak maakt op opvangvoorzieningen. Het Franse recht dat bepaalt dat een aanhangige Dublinclaim een wettelijke weigeringsgrond is voor verblijf in Frankrijk¹⁵⁵ en de asielzoeker om deze reden geen *autorisation provisoire de séjour* (APS) door de prefect krijgt verstrekt waardoor hij geen recht heeft op opvangvoorzieningen, is in strijd met de richtlijn.

De meningen over het toepassingsbereik van de Opvangrichtlijn blijven in Frankrijk echter verdeeld. De *Conseil d'Etat* heeft daarom op 18 april 2011 in een procedure tussen CIMADE en GISTI tegen de *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-Mer, des Collectivités Territoriales et de l'Immigration* de prejudiciële vraag gesteld aan het Europees Hof van Justitie of (kort gezegd) de Opvangrichtlijn van toepassing is op het asielverzoek van een asielzoeker waarvan de lidstaat waar het verzoek is gedaan, claimt dat een andere lidstaat op grond van de Dublinverordening verantwoordelijk is voor de behandeling van het verzoek.¹⁵⁶

6.4 Het beperken, intrekken of weigeren van materiële opvangvoorzieningen (artikel 16)

Artikel 16 van de richtlijn geeft de mogelijkheid aan de lidstaten de opvangvoorzieningen van asielzoekers te beperken, in te trekken of te weigeren. In dit boek wordt de omzetting van *materiële* opvangvoorzieningen als bedoeld in artikel 2, onder j, van de richtlijn, beschreven (zie hoofdstuk 3, paragraaf 5.2.1).

¹⁵³ Idem, p. 4.

¹⁵⁴ CE 20 oktober 2009, nrs.332631 en 332632.

¹⁵⁵ L741, lid 4, onderdelen 1 tot en met 4, van de CESEDA.

¹⁵⁶ Zaak C-179/11.

In paragraaf 5 is beschreven dat de materiële opvangvoorzieningen naar Frans recht als hoofdregel worden geboden in de vorm van een financiële toelage (de ATA) of in de vorm van het huisvesten van de asielzoeker in een opvangcentrum voor asielzoekers (CADA).

De *Code du travail* regelt de voorwaarden voor het recht op de eerste vorm van opvang, de ATA.¹⁵⁷ De hoogte van de ATA wordt jaarlijks vastgesteld en bedroeg in 2006 per dag 10,04 euro (zo'n 300 euro per maand), en is inmiddels verhoogd tot 10,83 euro per dag (zo'n 325 euro per maand). In vergelijking met het recht op bijstand dat in de vorm van de *Revenu Minimum d'Insertion* (RMI) aan personen met de Franse nationaliteit werd geboden, valt op dat de RMI in 2006 per maand 433,06 euro bedroeg voor een alleenstaande. Hoewel een uitkering aan een bijstandsgerechtigde niet zonder nuancering met een uitkering van een asielzoeker is te vergelijken, is het zeer twijfelachtig of de ATA in 2006 voldeed aan de norm van artikel 13, tweede lid, van de richtlijn.

Deze twijfel blijft ook in 2011 bestaan. Het recht op bijstand (RMI) is inmiddels vervangen door het recht op een *revenu de solidarité active* (RSA).¹⁵⁸ De hoogte van de RSA bedraagt anno 2011 per maand voor een alleenstaande 467 euro. Het verschil met de ATA is zelfs licht gegroeid, waardoor twijfel blijft bestaan of de opvangvoorziening ATA voldoet aan de norm van artikel 13, tweede lid, van de richtlijn.

Naast het verstrekken van de ATA kent het Franse recht de mogelijkheid tot het bieden van onderdak aan een asielzoeker in een CADA waar hij ingevolge de *Code de l'Action sociale et des familles* (CASF) een *allocation mensuelle de subsistance* (AMS) ontvangt die bestemd is voor de dekking van zijn individuele kosten. Het bedrag van de AMS varieert, bijvoorbeeld naar gelang de wijze van opvang of afhankelijk van de samenstelling van het gezin.¹⁵⁹

Ten slotte schrijft artikel 14 van de richtlijn voor aan welke vereisten dient te worden voldaan als de lidstaat ervoor kiest de asielzoeker te huisvesten. De omzetting van deze bepaling in het Franse recht is onder meer geschied door middel van artikel L348-1 en volgende van de *Code de l'action sociale et des familles* (CASF), zie paragraaf 5.2.2 over de opvang in de CADA.

De omzetting van artikel 14, maar ook die van andere bepalingen over materiële opvangvoorzieningen, zoals artikel 2 en 13 van de richtlijn, komen aan bod

157 Artikel L5423-8 (en verder) van de Code du travail.

158 Door middel van de *LOI n° 2008-1249 du 1er décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion* door le *revenu de solidarité active* (RSA). Het wettelijk kader wordt gevormd door de Code de l'action sociale et des familles (CASF).

159 Zie ook: circulaire No. NOR IMIA0800035C van 24 juillet 2008 van 'Le ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire' relative aux missions des centres d'accueil pour demandeurs d'asile (CADA) et aux modalités du pilotage du dispositif national d'accueil (DNA).

in een uitspraak van de *Conseil d'Etat* in een voorlopige voorzieningprocedure.¹⁶⁰ De *Conseil d'Etat* beschrijft in deze uitspraak het nationaal wettelijk kader voor de opvang van asielzoekers in Frankrijk, maar geeft geen oordeel over de juistheid van de omzetting van de richtlijn in het Franse recht: *qu'il n'appartient pas au juge des référés d'apprécier si ces dispositions méconnaissent les objectifs de la directive précitée*.¹⁶¹

6.4.1 *De gronden voor het beperken of intrekken van materiële opvangvoorzieningen (artikel 16, eerste lid)*

Artikel 16, eerste lid, onder a, geeft mogelijkheden tot beperken of intrekken van opvangvoorzieningen van een asielzoeker als deze:

- 1) de door de bevoegde instanties vastgestelde verblijfplaats verlaat zonder deze instanties op de hoogte te stellen of, indien toestemming vereist is, zonder toestemming, of,
- 2) gedurende een in het nationale recht vastgestelde redelijke termijn niet voldoet aan de meldingsplicht of aan verzoeken om informatie te verstrekken of te verschijnen voor een persoonlijk onderhoud betreffende de asielprocedure,

160 CE 23 maart 2009, nr. 325884. Deze uitspraak is ook in het kader van de omzetting van artikel 3 van de richtlijn aan de orde gekomen.

161 CE 17 december 2009, nr. 334344.

dan wel

3) reeds een asielverzoek ingediend heeft in dezelfde lidstaat.

Wanneer de asielzoeker wordt opgespoord of zich vrijwillig bij de betrokken instantie meldt, wordt een met redenen omklede, op de redenen voor de verdwijning gebaseerde beslissing genomen inzake het opnieuw verstrekken van sommige of alle opvangvoorzieningen.

6.4.1.1 Beperken of intrekken van de ATA

Artikel 16, eerste lid, van de richtlijn bevat een aantal limitatief bedoelde gronden die kunnen leiden tot het beperken of het intrekken van opvangvoorzieningen. Artikel L5423-9 van de *Code du travail*¹⁶² geldt als omzetting in Franse wetgeving van artikel 16, eerste lid, onder a, eerste en tweede onderdeel van de richtlijn,¹⁶³ en voorziet in de intrekking van de ATA als de asielzoeker een aanbod van huisvesting in een opvangcentrum weigert.¹⁶⁴ De genoemde bepaling van de *Code du travail* wordt uitgewerkt in de circulaire van 22 december 2006.¹⁶⁵

Mijns inziens kan artikel L5423-9 van de *Code du travail* en de daarop gebaseerde circulaire echter niet worden gezien als een juiste omzetting van artikel 16, eerste lid, onder a, eerste onderdeel van de richtlijn. Bij een weigering om een plaats in een opvangcentrum te accepteren zoals bedoeld in artikel L5423-9 van de *Code du travail*, is immers *geen* sprake van de omstandigheid dat de asielzoeker de vastgestelde verblijfsplaats (het opvangcentrum) verlaat, zoals de richtlijn vereist. De CE oordeelt echter dat deze bepaling conform artikel 16, eerste lid, onder a, richtlijn is vastgesteld.¹⁶⁶

Het is daarnaast twijfelachtig of artikel L5423-9 van de *Code du travail* kan worden gezien als juiste omzetting van artikel 16, eerste lid, onder a, tweede onderdeel van de richtlijn. De in het artikel van de *Code du travail* gestelde voorwaarde voor de beperking of de intrekking van de opvangvoorzieningen, de weigering om een plaats in het opvangcentrum te accepteren, is immers niet per

162 Artikel L351-9-1 van de *Code du travail* (oud).

163 Volgens het rapport van de Franse rapporteurs voor het Odysseus netwerk ten behoeve van de Europese Commissie over de implementatie van de opvangrichtlijn, p. 30 en p. 31.

164 Artikel R5423-32 schrijft in dit kader voor dat de prefect iedere maand aan de Ofii een lijst doorgeeft van asielzoekers die opvang in een centrum hebben geweigerd als genoemd in artikel R. 348-1 van de code de l'action sociale et des familles (CASF).

165 Circulaire Interministerielle van le Ministère de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire en le Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement, DPM/ACJ3/2006/495 van 22 december 2006 relative à l'allocation temporaire d'attente, p. 7. *Bulletin officiel du ministère chargé des affaires sociales* n° 2007/1 p. 223-238. Te vinden op www.emploi-solidarite.gouv.fr of op www.sante.gouv.fr. Zie ook Circulaire 24 november 2006, DPM/ACI3/2006/495.

166 CE 16 juni 2008, no. 300636, 300637.

definitie gelijk te stellen aan de in de richtlijn gestelde voorwaarde voor de beperking of intrekking, die inhoudt dat binnen een redelijke termijn moet worden voldaan aan de meldingsplicht of aan verzoeken om informatie te verstrekken of te verschijnen voor een persoonlijk onderhoud betreffende de asielprocedure.

De circulaire van 22 december 2006 schrijft niet alleen voor dat de ATA onder bepaalde voorwaarden niet wordt verleend of wordt ingetrokken, maar noemt ook gronden die kunnen leiden tot de *suspension* dat wil zeggen: de opschorting, van de ATA.

Deze opschorting is naar mijn mening materieel gelijk te stellen aan een tijdelijke intrekking van de opvangvoorzieningen in de zin van artikel 16 van de richtlijn. Het resultaat van de opschorting is immers dat een recht op bepaalde opvangvoorzieningen (tijdelijk) wordt stop gezet. De Franse wet- en regelgeving die de voorwaarden voor deze mogelijkheid van intrekking bevat, dient in dat geval te voldoen aan de in artikel 16 van de richtlijn gestelde voorwaarden. De Franse wet- en regelgeving bevat geen bepaling die de in de circulaire genoemde voorwaarden voor de opschorting van de ATA noemt.

Volgens de circulaire kan de opschorting van de ATA ten eerste plaatsvinden als de asielzoeker tijdelijk niet voldoet aan de voorwaarden (zie onder paragraaf 6.4.1.1) voor de toekenning van de ATA.¹⁶⁷ Artikel 16 van de opvangrichtlijn noemt deze grond voor tijdelijke intrekking niet.

Volgens de circulaire kunnen de opvangvoorzieningen ook worden ingetrokken als de asielzoeker de documenten die noodzakelijk zijn voor de verificatie van het recht op de ATA niet overhandigt.¹⁶⁸ Deze grond kan wel worden gebaseerd op artikel 16, eerste lid, onder a, tweede onderdeel, richtlijn, onder de voorwaarde dat sprake is van de omstandigheid dat de asielzoeker een volgens nationaal recht vastgestelde redelijke termijn heeft gekregen om de benodigde informatie te leveren. Franse regelgeving ontbreekt echter ten aanzien van dit punt.

Artikel 16, eerste lid, *onder a, derde onderdeel*, van de richtlijn biedt de lidstaten de mogelijkheid de opvangvoorzieningen in te trekken of te beperken als de asielzoeker reeds een asielverzoek heeft ingediend in dezelfde lidstaat. Het Franse recht sluit de afgewezen asielzoeker met een tweede of volgende asielaanvraag middels artikel R5423-22 van de *Code de travail* uit van het recht op de ATA: slechts als de OFPRA signaleert dat volgens de relevante regelgeving sprake is van humanitaire omstandigheden, wordt toch een ATA verstrekt. De *Conseil*

¹⁶⁷ De in artikel L5312-1 van de *Code du travail* genoemde instelling heeft toegang tot gegevens van de OFPRA om te kunnen verifiëren of de asielzoeker (nog) voldoet aan de voorwaarden voor de ATA. Deze toegang is echter gelimiteerd tot informatie inzake de asielprocedure die noodzakelijk is voor de beoordeling van de vraag of de vreemdeling in aanmerking komt voor de ATA (Artikelen R5423-35 en 36 van de *Code du travail*).

¹⁶⁸ Zie p. 12 en p. 13 van de circulaire.

d'Etat heeft op 16 juni 2008¹⁶⁹ geoordeeld dat artikel R5423-22 van de *Code du travail* niet kan bepalen dat de ATA slechts eenmaal voor de asielzoeker openstaat. Deze bepaling was volgens de *Conseil d'Etat* in strijd met artikel L5423-8 van dezelfde wet. Door eerst genoemde bepaling wordt naar het oordeel van de *Conseil d'Etat* ook de asielzoeker die op grond van nieuwe elementen¹⁷⁰ een tweede of volgende asielaanvraag deed, uitgesloten van opvangvoorzieningen. Volgens de *Conseil d'Etat* heeft deze asielzoeker echter volgens de Franse wet recht op een ATA vanaf het moment van de asielaanvraag. De voorwaarde die in Franse regelgeving wordt gesteld dat slechts ingeval de directeur van de OFPRA besluit tot een nieuwe beoordeling van deze aanvraag recht op opvang ontstaat, is volgens de *Conseil d'Etat* in strijd met de *Code du travail*.

De lidstaat kan op grond van artikel 16, eerste lid, *onder b* van de richtlijn ook regelen dat de intrekking of de beperking van de opvangvoorzieningen kan plaatsvinden indien een asielzoeker financiële middelen verborgen heeft gehouden en hij daardoor ten onrechte aanspraak heeft gemaakt op de bij de richtlijn vastgestelde materiële en financiële opvangvoorzieningen. De *Code du travail*¹⁷¹ biedt, mits is voldaan aan de eerder beschreven voorwaarden het recht op een ATA aan de asielzoeker die voldoet aan de inkomenseis. Deze houdt in dat de maandelijkse inkomsten van de asielzoeker niet hoger mogen zijn dan de *revenu minimum d'insertion* (nu: RSA, zie paragraaf 6.4) als genoemd in de *Code de l'Action sociale et des familles* (CASF).¹⁷²

De bevoegdheid tot het intrekken of het beperken van de ATA op grond van de vaststelling dat de asielzoeker ten onrechte aanspraak heeft gemaakt op deze voorziening is niet specifiek in de Franse wet geregeld, maar vloeit voort uit het onrechtmatige karakter van de genoten aanspraak. Als een (overheids)besluit is verkregen op grond van fraude, creëert deze beslissing volgens Frans bestuursrecht geen rechten en kan het besluit zonder dat een termijn in acht hoeft te worden genomen, worden ingetrokken:¹⁷³ *fraus omnia corrumpit*.¹⁷⁴

6.4.1.2 Beperken of intrekken van opvangvoorzieningen in de CADA

De omzetting van de beperkings- en intrekkingsgronden van artikel 16, eerste lid, onder a van de richtlijn, heeft voor de CADA plaatsgevonden door de introductie van enkele bepalingen in de *Code de l'Action sociale et des familles* (CASF). De artikelen L311-4 en L311-7 van de CASF vereisen in onderlinge samenhang dat instellingen in de zin van de wet een *règlement de fonctionnement* hanteren. De CASF bepaalt dat dit reglement 'essentiële regels van het samenleven' dient te omvatten en schrijft voor dat in het bijzonder verplichtingen voor de opgevangen persoon

169 CE 16 juni 2008, nrs. 300636, 300637.

170 Vergelijk artikel R742-1 van de CESEDA.

171 L5423-8-1 Code du travail.

172 L5423-8-1, R5423-18 en R5423-23 Code du travail.

173 CE 17 juni 1955, *Silberstein, Rec.* 334 ; CE 3 april 2006, *SIVU de l'Amana, AJDA* 2006.1403.

174 *Waline* 2008, p. 408.

dienen te worden vastgesteld.¹⁷⁵ Zo moeten asielzoekers de contractvoorwaarden respecteren en moeten zij zich beschaafd gedragen ten opzichte van andere personen in de opvanglocatie zoals personeelsleden.

De reglementen beschrijven ook de noodzakelijke hygiënevoorschriften en bepalen dat geweld kan worden gesanctioneerd. Het reglement herinnert er ook aan, en voor zover nodig preciseert het deze, welke de verplichtingen van de beheerder van het centrum zijn ten aanzien van minderjarigen, de toegestane uitgaanstijden en de uit te voeren procedures ingeval sprake is van het geval dat een asielzoeker het centrum ongeoorloofd heeft verlaten.¹⁷⁶ Een prototype van het *règlement de fonctionnement* is als bijlage toegevoegd.¹⁷⁷

Artikel 11 van dit reglement sanctioneert het niet respecteren van het reglement met de uitzetting uit de CADA. Ook in enkele circulaires¹⁷⁸ wordt het niet respecteren van het reglement als grond tot uitzetting uit de CADA genoemd. Deze circulaires noemen ook andere gronden die leiden tot uitzetting uit de CADA, zoals het gebruik van geweld tegen de andere verblijvenden of tegen het personeel van het centrum en valse verklaringen over de identiteit, of over de persoonlijke situatie met betrekking tot de criteria voor de toegang tot sociale voorzieningen. Ook de weigering tot overplaatsing in een ander centrum en de weigering door een erkende vluchteling van opvang of huisvesting vormt een grond voor uitzetting uit de CADA.

De in de circulaires genoemde mogelijkheid van uitzetting uit de CADA als niet aan de criteria voor de toegang tot sociale voorzieningen wordt voldaan, is een uitwerking van artikel R348-4 onder II van de CASF. Deze bepaling schrijft voor dat een *allocation mensuelle de subsistance* (AMS) moet worden geboden voor de dekking van individuele kosten, en dat de asielzoeker die over eigen middelen beschikt zelf een bijdrage moet leveren aan zijn onderhoud. Evenals bij de ATA het geval is, geldt ook in de CADA dat geen specifieke wetgeving in formele of materiële zin bestaat die de mogelijkheid voor intrekking of beperking van de opvangvoorzieningen vanwege het beschikken over eigen middelen regelt. Dit

175 Artikel R311-37 van de CESEDA.

176 Artikel R311-37 van de CASF.

177 Zie bijlage 4 van voornoemde circulaire van 24 juli 2008 alsmede het decret van Conseil d'Etat no. 2003-1095 van 14 november 2003, omschrijft in paragraaf 2 wat in het reglement dient te staan.

178 Interministeriële circulaire DPM/CI3/2007, no 2007-184 van 3 mei 2007, *relative aux modalités d'admission dans les centres d'accueil pour demandeurs d'asile et de sortie des centres*. Zie ook: circulaire No. NOR IMIA0800035C van 24 juillet 2008 van 'Le ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire' relative aux missions des centres d'accueil pour demandeurs d'asile (CADA) et aux modalités du pilotage du dispositif national d'accueil (DNA). 'Le décret n° 2003-1095 du 14 novembre 2003 relatif au règlement de fonctionnement institué par l'article L. 311-7 du Code de l'action sociale et des Familles' schrijft in sectie 2 voor wat in het reglement dient te worden beschreven.

leidt tot de conclusie dat artikel 16, eerste lid, onder b van de richtlijn niet in het Franse recht is omgezet.

Artikel 16, eerste lid, onder a, *derde lid*, van de richtlijn regelt de mogelijkheid voor de lidstaat de opvangvoorzieningen te beperken of in te trekken van asielzoekers die een tweede of volgende asielaanvraag indienen. Frankrijk maakt ook gebruik van deze mogelijkheid ten aanzien van asielzoekers in een CADA. De uitspraak van de *Conseil d'Etat* van 16 juni 2008¹⁷⁹ over het recht op een ATA (zie paragraaf 6.4.1.1) heeft ook gevolgen voor de asielzoeker in een CADA.

Uit de uitspraak kan namelijk de conclusie worden getrokken dat de prefect in strijd handelt met het recht op opvang als afgeleide van het grondrecht op asiel (*le corollaire de la liberté fondamentale qu'est le droit d'asile*) als hij de asielzoeker die een nieuwe asielaanvraag heeft gedaan en bovendien in afwachting is van een plaats in een CADA, geen huisvesting biedt.

6.4.2 Asielverzoek zo spoedig mogelijk indienen (artikel 16, tweede lid)

Artikel 16, tweede lid, van de richtlijn schrijft voor dat een lidstaat mag weigeren de opvangvoorzieningen te verstrekken wanneer de asielzoeker niet kan bewijzen dat het asielverzoek zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk na de aankomst in de lidstaat werd ingediend. Artikel R723-1, eerste alinea, van de CESEDA verplicht de asielzoeker zijn asielaanvraag binnen een termijn van 21 dagen vanaf de ontvangst van de APS aan de OFPRA over te dragen. In een uitspraak oordeelde de *Conseil d'Etat* over de weigering een vreemdeling als asielzoeker in te schrijven omdat hij niet tijdig zijn asielverzoek had ingediend, dat deze weigering gelet op het gegeven dat de asielzoeker niet op zijn rechten en plichten was gewezen, een schending van een grondrecht, *une atteinte grave à une liberté fondamentale*,¹⁸⁰ inhield. Omdat de APS een voorwaarde is voor het recht op opvangvoorzieningen, is dit oordeel zowel voor het recht op een ATA als voor het krijgen van het recht op opvang in een CADA van belang.

6.4.3 Sancties (artikel 16, derde lid)

Artikel 16, derde lid, van de richtlijn voorziet in de mogelijkheid voor de lidstaat om sancties op te leggen ingeval van '*ernstige inbreuken op de regels met betrekking tot de opvangcentra en op ernstige vormen van geweld*'. De richtlijn biedt echter geen omschrijving van de term sanctie. Voor de omzetting van dit onderdeel verwijs ik naar het eerder genoemde Franse recht (paragraaf 6.4.1) ter omzetting van artikel 16, eerste lid, onder a, eerste en tweede onderdeel van de richtlijn in de CADA. De meest ingrijpende sancties die naar Frans recht kunnen worden opgelegd als sprake is van een ernstige inbreuk op de regels met betrekking tot de opvangcen-

¹⁷⁹ CE 16 juni 2008, nrs. 300636, 300637.

¹⁸⁰ CE 21 december 2004, nr. 275362.

tra en op ernstige vormen van geweld, zijn immers het intrekken of beperken van de opvangvoorzieningen (zie paragraaf 6.4). De juridische kwalificatie van de sanctie in het Franse recht wordt in de volgende paragrafen behandeld.

6.4.4 *Beslissingen over opvangvoorzieningen (artikel 16, vierde lid)*

De beslissingen tot beperking, intrekking of weigering van opvangvoorzieningen of sancties als bedoeld in artikel 16, eerste tot en met derde lid, van de richtlijn worden ingevolge het vierde lid van die bepaling individueel, objectief en onpartijdig genomen en worden met redenen omkleed. Het vierde artikelonderdeel schrijft bovendien voor dat de beslissingen worden genomen op grond van de specifieke situatie van de betrokkene en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel. De lidstaten moeten er volgens hetzelfde onderdeel tevens op toezien dat een asielzoeker altijd toegang heeft tot medische noodhulp. In deze paragraaf wordt het Franse recht beschreven dat als omzetting dient van dit artikelonderdeel.

Voordat kan worden vastgesteld welke vereisten in het Franse recht gelden als omzetting van dit onderdeel van artikel 16 van de richtlijn, moet eerst worden vastgesteld van welke instanties deze beslissingen afkomstig zijn, en welk rechtskarakter deze beslissingen dragen.

6.4.4.1 *De bevoegde organen en hun beslissingen*

In paragraaf 5 is beschreven welke organen naar Frans recht bevoegd zijn te beslissen over het verlenen van materiële opvangvoorzieningen aan asielzoekers. De wet biedt de prefect de publiekrechtelijke bevoegdheid te beslissen over het verlenen van het recht op opvangvoorzieningen in een asielzoekerscentrum (CADA). Daarnaast is de *Pôle d'Emploi* bevoegd tot het al dan niet verlenen van de financiële bijdrage in de vorm van een *allocation temporaire d'Attente* (ATA). Ten slotte werd vastgesteld dat de beslissing van de prefect van het departement waar de asielzoeker zich bevindt¹⁸¹ voorlopig verblijf in de vorm van een *autorisation provisoire de séjour* (APS) in Frankrijk toe te staan, geen beslissing is over opvangvoorzieningen.

De voornoemde instanties hebben op grond van de hen wettelijk toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid te besluiten over opvangvoorzieningen. Hierna zal blijken dat naar Frans recht de rechtsnormen van het bestuursrecht op deze besluiten van toepassing zijn.

6.4.4.2 *De toepasselijkheid van het bestuursrecht op besluiten over opvangvoorzieningen*

Het Franse bestuursrecht is van toepassing op de voornoemde beslissingen van de prefect en van de *Pôle d'Emploi* over het verlenen van opvangvoorzieningen. Deze conclusie kan worden getrokken omdat de genoemde beslissingen

181 R741-1 van de CESEDA.

voldoen aan de criteria op grond waarvan het Franse bestuursrecht (en niet het civiele recht) van toepassing is.

Een voorwaarde voor de toepassing van het bestuursrecht is dat in het algemeen belang (*l'intérêt public*)¹⁸² wordt gehandeld en de handeling dus het private belang ontstijgt. Dit handelen is op grond van het *critère organique* traditioneel een taak van het bestuur (*l'Administration*) waartoe de overheidslichamen de Staat, de *collectivités territoriales* (territoriale gemeenschappen zoals de regio, het departement of de gemeente) en de *établissements publics* (openbare instellingen) behoren. Deze met de organisatie van de overheid samenhangende voorwaarde voor overheidshandelen wordt echter niet meer als zodanig gesteld. Dit heeft te maken met het gegeven dat met het oog op het algemeen belang, naar huidig recht ook aan private rechtspersonen publieke bestuurlijke taken ter uitvoering van de *service public* worden toebedeeld.¹⁸³ Dit criterium is aan het einde van de negentiende eeuw totstand gekomen en nadien heeft de Franse rechtspraak aanvaard dat de overheid die in het kader van de *service public* handelt, ongeacht de vorm van handelen, in beginsel is onderworpen aan het publiekrecht.¹⁸⁴

Dit geldt ook voor de instanties die naar Frans recht opvangvoorzieningen bieden aan asielzoekers. De prefect behoort tot het traditionele overheidsbestuur in Frankrijk en is als gedelegeerde van de regering op grond van artikel 72 van de Grondwet belast met het behartigen van nationale belangen, het bestuurlijk toezicht en met het handhaven van de wet. In deze hoedanigheid en gelet op de door de wet geboden bevoegdheid beslist de prefect over het toekennen van de APS en het bieden van opvangvoorzieningen in een CADA.

De *Pôle d'Emploi* behoort niet tot het traditionele overheidsbestuur maar is als *institution nationale publique dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière* speciaal in het leven geroepen om onder meer het algemeen belang van het bieden van opvangvoorzieningen aan asielzoekers in de vorm van de ATA vorm te geven, en valt gelet op het criterium van de *service public* voor wat betreft de uitoefening van deze taak ook onder het toepassingsbereik van het bestuursrecht.

6.4.4.3 Bronnen van algemeen bestuursrecht

Voordat de gevolgen van het bestuursrechtelijk karakter van voornoemde besluiten over opvangvoorzieningen verder worden beschreven, volgt eerst een overzicht van de bronnen van Frans algemeen bestuursrecht. Het overheidsbestuur is steeds meer gebonden door nationale en internationaalrechtelijke bepalingen, die derogeren aan het civiele recht. Deze ontwikkeling tot een autonoom geldend bestuursrecht leidde in 1873 onder andere tot het arrest *Blanco*,¹⁸⁵ waarin door de

182 Zie voor een uitwerking van dit begrip onder anderen: M. Lombard, 'Irréductible intérêt général', *AJDA* 2006.1809.

183 Waline 2008, p. 4 en p. 229 e.v.

184 Schlössels 2003.

185 Tribunal des conflits, 8 februari 1873, *GAJA*, no. 1.

Tribunal des conflits werd geoordeeld dat handelingen van personen in de uitoefening van overheidstaken niet onder het toepassingsbereik van de *Code civil* kunnen vallen. Deze uitspraak en de forse toename van verschillende bestuursrechtelijke wetgeving hebben echter in tegenstelling tot het burgerlijk recht dat in de vorm van de *Code civil* is gecodificeerd, geen algemene codificatie van het algemene bestuursrecht tot gevolg gehad. Algemeen bestuursrecht omvat naar Frans recht meer onderwerpen dan het Nederlandse algemeen bestuursrecht. Zo vallen ook bestuursrechtelijke overeenkomsten onder deze noemer.

De wens tot codificatie van het algemene bestuursrecht wordt in de literatuur wel meermaals beschreven.¹⁸⁶ Waline spreekt van een *boulimie législative et réglementaire* en vat de noodzaak tot codificatie duidelijk samen:

L'abondance, l'hermétisme et l'enchevêtrement des textes applicables à une même matière¹⁸⁷ ont fini par obliger les pouvoirs publics à intervenir pour essayer de porter remède à une situation infiniment regrettable et rendent encore plus nécessaire la codification du droit administratif.¹⁸⁸

Wel is een ontwikkeling tot simplificatie van het algemene bestuursrecht gaande¹⁸⁹ en bevat *La loi du 12 avril 2000 sur les relations entre l'administration et les citoyens* enkele zeer algemene wettelijke bepalingen met regels voor het verkeer tussen bestuur en burger en over de besluitvorming door het bestuur. Ook de *Code de Justice administrative* (hierna: CJA) die sinds 2001 geldt en een groot aantal algemene regels van bestuursprocesrecht bevat, codificeert een deel van het algemene bestuursrecht.

Het zijn echter niet deze wetten maar de bestuursrechtelijke rechtspraak, in het bijzonder die van de *Conseil d'Etat*, die in Frankrijk de belangrijkste bron vormt voor algemene regels ten aanzien van materiële en formele aspecten van besluitvorming en rechtsbescherming.¹⁹⁰ Deze regels hebben bijvoorbeeld betrekking op de bevoegdheid van de besluitnemer, de transparantie van het besluit, de vorm (bijvoorbeeld mondeling of schriftelijk) van het besluit, de motivering en bekendmaking van het besluit, en over de mogelijkheid tot het herroepen van het besluit.

6.4.4.4 Vormen van overheidshandelen

De vaststelling dat het Franse bestuursrecht van toepassing is op beslissingen over het toekennen van opvangvoorzieningen heeft tot gevolg dat de overheid bij het nemen van de beslissing is gebonden aan staats- en bestuursrechtelijke begin-

¹⁸⁶ Konijnenbelt 2010, p. 905.

¹⁸⁷ Dossier *Le désordre normatif*, RD publ. 2006.43.

¹⁸⁸ Waline 2008, p. 282.

¹⁸⁹ Zie bijvoorbeeld *La loi no 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification de droit*, JO, 10 december 2004.

¹⁹⁰ Bijvoorbeeld: Melleray 2005, p. 637.

selen. Deze beginselen dienen mede als waarborg voor de asielzoeker tot wie de beslissing is gericht. Eén van deze beginselen is het legaliteitsbeginsel dat in de meest ruime betekenis van het woord tot gevolg heeft dat de overheid in het Franse bestuursrecht slechts op grond van het *recht* (dus niet alleen op grond van de wet) handelt.¹⁹¹ In de Franse literatuur wordt dit beginsel onder andere gezien als een waarborg voor de burger tegen een arbitrair, onsamenhangend of inefficiënt overheidshandelen.¹⁹²

De bronnen van het bestuursrecht op grond waarvan het bestuur handelt, zijn verschillend en vormen een zogenaamde normenhiërarchie. In deze hiërarchie onderscheiden zich ten eerste regels die ‘van buitenaf’ aan het bestuur worden voorgeschreven (*règles écrites extérieures à l’administration*) waartoe de Grondwet, de Préambule van de Grondwet, internationaalrechtelijke normen zoals die van EU-recht en van het EVRM, en de wetten in formele zin (*lois*) worden gerekend.

Daarnaast is het bestuur gebonden aan de door de rechter gestelde normen (*règles posées par le juge*) in de rechtspraak en in het bijzonder de algemene rechtsbeginselen die in de rechtspraak zijn ontwikkeld (*les principes généraux du droit*, afgekort: *PGD*). De rol van de rechter is, zoals gesteld, van groot belang voor de vorming van het Franse bestuursrecht. Het Franse bestuursrecht wordt daarom ook wel gekenmerkt als ‘rechtersrecht’, recht dat door de rechtspraak is gevormd.¹⁹³

Een laatste categorie wordt gevormd door regels die door het bestuur zelf worden uitgevaardigd in de vorm van regelgeving (bijvoorbeeld een *décret* van een minister en *ordonnances* van de regering op grond van artikel 38 van de Grondwet), individuele beslissingen of contracten, en dienen in overeenstemming te zijn met voornoemde hogere regels in de normenhiërarchie.¹⁹⁴ Als aan een overheidsbesluit een *illégalité externe* of een *illégalité interne* kleeft, wordt deze geacht in strijd met het legaliteitsbeginsel tot stand te zijn gekomen. De eerstgenoemde categorie ziet op onbevoegdheid van de besluitnemer en op het schenden van procedureregels, de tweede categorie heeft betrekking op materiële gebreken als *détournement de pouvoir* en *violation de la loi*. Het leerstuk van *détournement de pouvoir* is door de *Conseil d’Etat* in de tweede helft van de negentiende eeuw ontwikkeld en moest een meer adequate toetsing van *discretionnaire* bevoegdheden waarborgen. In het Franse bestuursrecht spreekt men van *discretionnaire* bevoegdheid (*pouvoir discrétionnaire*) als het bestuur in min of meerdere mate beschikt over een zekere vrijheid om te handelen of niet te handelen, en een beslissingsvrijheid kent in die zin dat het bestuur de keuze heeft tussen verschei-

191 Waline 2008, p. 251. De ‘théorie des circonstances exceptionnelles’ biedt een begrenzing aan het legaliteitsbeginsel. Zie: Morand-Deville 2005, p. 90 e.v. Vanwege het uitzonderlijke karakter van deze theorie wordt hierop niet dieper ingegaan.

192 Morand-Deville 2005, p.239.

193 Konijnenbelt 2010, p. 905.

194 Morand-Deville 2005, p. 239-276.

dene wettige oplossingen.¹⁹⁵ Bij de ontwikkeling van het leerstuk van *détournement de pouvoir* baseerde de *Conseil d'Etat* zich op het gegeven dat iedere bestuursbevoegdheid door de wetgever met het oog op een speciaal doel aan een bestuursorgaan wordt toegekend. Het verbod van *détournement de pouvoir* is dus gerelateerd aan het legaliteitsbeginsel en wordt overtreden als de subjectieve doelstellingen die bestuurders nastreven niet overeenstemmen met de objectieve doelstelling van de wet.¹⁹⁶ Het verbod waarborgt een doelconforme uitoefening van bestuursbevoegdheden in de democratische rechtsstaat. De rechter die vaststelt dat sprake is van *détournement de pouvoir* kan vernietigen op grond van 'strijd met de wet', zodat het aantal vernietigingen op grond van het verbod niet talrijk is.¹⁹⁷ De toetsing door de rechter van de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan komt aan de orde onder 6.5.2.5.

Het Franse bestuursrecht kent de *acte unilatéral exécutoire* (hierna: uitvoeringsbesluit) als meest voorkomende vorm van overheidshandelen en laat zich vergelijken met het Nederlandse besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Er is sprake van een uitvoeringsbesluit als deze rechtsgevolgen in de vorm van rechten of plichten voor de geadresseerde doet ontstaan, en onderscheidt zich van de *acte unilatéral non exécutoire*.¹⁹⁸ Tot deze laatste categorie behoren voorbereidings- en uitvoeringshandelingen, interne maatregelen (*mesures d'ordre intérieur*), *circulaires*¹⁹⁹ en *directives*. Hoewel tegen deze categorie handelingen in beginsel geen beroep op de rechter kan worden ingesteld, biedt de Franse rechtspraak uitzonderingen op deze regel. Een voorbeeld is een interne maatregel zoals de in een gevangenis mogelijk te treffen maatregel om een gevangene te isoleren waarvan nu – mede onder invloed van rechtspraak van het EHRM – wordt aangenomen dat deze onder omstandigheden een beslissing kan zijn waartegen rechtsmiddelen dienen open te staan.²⁰⁰

Het uitvoeringsbesluit is in beginsel wel appellabel, en is individueel van aard als deze is gericht tot één of meerdere aangewezen personen, en *réglementaire* van aard als de beslissing algemene regels stelt. Voorbeelden van de laatste categorie zijn de regels ter uitvoering van de wet (*les règlements d'exécution des lois*) en *les règlements autonomes*. Ook geschillen over feitelijke bestuurshandelingen en verschillende publiekrechtelijke overeenkomsten vallen onder het bestuursrecht en kunnen aan de bestuursrechter worden voorgelegd.

Voor deze studie is van belang dat de bevoegdheid om individuele uitvoeringsbesluiten te nemen óók toekomt aan organen van de decentrale of lokale

195 Een gebonden bevoegdheid wordt aangeduid als *compétence liée*.

196 Schlössels 1998, p.163/164.

197 Morand-Deville 2005, p. 239-276.

198 Morand-Deville 2005, p. 328.

199 Indien de rechtspositie van betrokkene(n) door de circulaire wordt gewijzigd, is wel sprake van het scheppen van rechtsgevolgen, zie Waline 2008, p. 380.

200 CE 30 juli 2003, *Said Remli*. Hetzelfde geldt voor bepaalde maatregel in kazernes en in scholen.

overheid zoals de prefect, en aan privaatrechtelijke organisaties die met *service public*²⁰¹ zijn belast.

6.4.4.5 Een bijzonder besluit: de bestuurlijke sanctie

Een bijzondere categorie van overheidsbesluiten wordt gevormd door besluiten tot handhaving van wettelijke voorschriften door middel van sancties. Het is van belang deze categorie te bestuderen omdat de beslissingen tot het beperken of intrekken van de opvangvoorzieningen in de zin van artikel 16 van de richtlijn mogelijk als bestuurlijke sancties kunnen worden gekwalificeerd. De bestuurlijke handhaving door de Franse overheid door middel van sancties is volgens Chapus *à la mode*.²⁰² Sancties kunnen onder meer financiële sancties (of boetes) zijn, of houden een *suspension* in. Dat laatste wil zeggen: een schorsing of opschorting van een recht. In veel gevallen berust de bevoegdheid tot het opleggen van sancties in het Franse recht bij de zogenaamde *autorités collégiales* met de status van *autorités administratives indépendantes*. Een voorbeeld van een dergelijke instantie is *l'Autorité de régulation des télécommunications*. Een bestuurlijke sanctie kan slechts worden opgelegd als (materiële) regelgeving hierin voorziet.²⁰³ Voor zover de bestuurlijke sanctie een *atteinte aux libertés* vormt (zie ook voor deze term paragraaf 6.5.1), zou het volgens Rivero en Waline wenselijk zijn dat de bevoegdheid tot het opleggen van de sanctie direct op de wet (*loi*) berust.²⁰⁴ Het belang van het legaliteitsbeginsel voor delicten en straffen blijkt uit rechtspraak van de *Conseil Constitutionnel*,²⁰⁵ die artikel 6 EVRM in het geval van bestuurlijke sancties van toepassing acht (zie hierna onder 6.4.4.6).

Sancties moeten naar Frans recht totstandkomen in een proces van hoor en wederhoor en de besluitvorming moet voldoen aan het vereiste van onpartijdigheid als algemeen rechtsbeginsel. Bovendien moeten de sancties door het bestuur worden gemotiveerd. Tegen deze sancties staat beroep open bij de bestuursrechter, en meer precies bij de CE als de sancties afkomstig zijn van een *organisme collégial*. Dit beroep vindt plaats in een *recours de pleine juridiction* (zie hierna) welke beroepsvorm de rechter bijvoorbeeld in staat stelt het bedrag van de geldelijke boete te wijzigen, als hij oordeelt dat sprake is van onevenredigheid tussen de ernst van de overtreding en de hoogte van het bedrag. Het oordeel van de rechter strekt zich ook uit tot de rechtmatigheid van de gevolgde procedure en de rechtmatigheid van de sanctie zelf.²⁰⁶ Bestuurlijke sancties kunnen overigens ook bestaan uit niet-geldelijke sancties, zoals blijkt uit een uitspraak van de CE die oor-

201 Morand-Deville 2005, p. 479 e.v.

202 Chapus 2001, p. 1172.

203 CE 30 maart 1962, *Bertaux*, *Rec. CE*, p. 237.

204 Rivero & Waline 2006, p. 369.

205 CC 13 augustus 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, RFDA.1993.871, noot B. Genevois.

206 Chapus 2001, p. 1176.

deelt dat de *intrekking* van punten van een rijbewijs als bestuurlijke sanctie diende te worden gekwalificeerd, en vol werd getoetst (*de plein droit*).²⁰⁷

De CE oordeelt in algemene zin dat de Franse grondwet zich niet verzet tegen wettelijke bepalingen die bestuurlijke sancties mogelijk maken: noch het beginsel van de scheiding der machten, noch een andere grondwettelijke norm staat aan het vastleggen van een dergelijke bepaling in de weg. Wel dient de wetgever gelet op artikel 8 van de *Déclaration* van 1789 en gelet op door wetten erkende fundamentele beginselen, rekening te houden met enkele belangrijke vereisten zoals het legaliteitsbeginsel inzake delicten en straffen, de onschuldpresumptie, *personnalité* van de straf, en de noodzaak en evenredigheid van de straf, en het recht op verdediging.²⁰⁸ Bij het opleggen van sancties dient ook in het Franse recht rekening te worden gehouden met het *ne bis in idem* beginsel. Dit beginsel verbiedt *niet* de cumulatie van een bestuurlijke financiële sanctie (bestuurlijke boete) en een strafrechtelijke boete vanwege een overtreding wegens hetzelfde feit. Wel dient in dat geval rekening te worden gehouden met het beginsel van proportionaliteit opdat het gezamenlijke bedrag niet het gefixeerde maximumbedrag voor de zwaarste straf te boven gaat.²⁰⁹ Ten slotte is het in het kader van dit onderzoek van belang dat de bepalingen die de bestuurlijke sancties bevatten, limitatief van karakter zijn²¹⁰ en bovendien strikt dienen te worden geïnterpreteerd.²¹¹

Het Franse recht kent niet het onderscheid tussen de punitieve en herstelsanctie zoals gebruikelijk is in het Nederlandse recht. Het Franse recht gaat ervan uit dat de bestuurlijke sanctie een bestraffend karakter heeft en met dit karakter onderscheidt deze sanctie zich van een bestuurlijke maatregel, zoals een *mesure de police* in het kader van de handhaving van de openbare orde. Voor een nadere uitleg van de verhouding tussen strafrechtelijke sancties, bestuurlijke sancties en bestuurlijke maatregelen in het Franse recht, kan op het internet de *guide législative* worden geraadpleegd.²¹² Hierin wordt opgemerkt dat het EHRM (*Öztürk*) een autonome interpretatie geeft van het karakter van de sanctie in het licht van artikel 6 EVRM, en dat bestuurlijke sancties qua karakter een strafsanctie kunnen benaderen.

207 CE 8 december 1995, *Mouv. De défense des automobilistes*, p. 943, RFDA 1996, p. 166.

208 Zie bijvoorbeeld over de noodzaak en evenredigheid, CC 30 december 1987, nr. 87-237 DC.

209 Bijvoorbeeld CC 28 juli 1989, *Sécurité et transparence du marché financier*, préc. (16e en 22e overweging).

210 CE 24 november 1982, *Hérit, Malonda*, p. 720.

211 CE 4 maart 1960, *Lévy*, RDP (Revue du droit public et de la science politique) 1960, p. 1030, noot M. Waline.

212 http://www.legifrance.gouv.fr/html/Guide_legistique_2/526.htm: par. 5.2.6 Prévoir des sanctions administratives ou pénales.

6.4.4.6 Bestuurlijke sanctie en artikel 6 EVRM

In hoofdstukken 2 en 3 is beschreven dat het voor het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM van belang is of een bestuurlijke sanctie een '*civil right or obligation*' vaststelt of een '*criminal charge*' inhoudt. Indien de bestuurlijke sanctie als '*criminal charge*' wordt gekwalificeerd, heeft dit immers tot gevolg dat extra waarborgen in het kader van de rechtsbescherming tegen deze beslissingen in acht moeten worden genomen. In voornoemde hoofdstukken werd vastgesteld dat een financiële sanctie door middel van een boete in de regel als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM is te kwalificeren. Daarnaast kwam de moeilijker te beantwoorden vraag aan de orde of hetzelfde geldt voor de gedeeltelijke of volledige intrekking van de opvangvoorzieningen van een asielzoeker. Het EHRM oordeelt dat dit begrip autonoom dient te worden geïnterpreteerd aan de hand van de nationale classificatie van de overtreden norm, de aard van de overtreding en de aard en zwaarte van de sanctie.²¹³ Het subcriterium 'de aard van de sanctie' is het meest belangrijke element voor de kwalificatie als '*criminal*'. Het EHRM oordeelt dat bepalend is dat de sanctie punitief en afschrikkend (of soms: preventief) is, waarbij het punitieve element in de ogen van het Hof van doorslaggevend betekenis is. Het Hof geeft echter geen algemene aanduiding van 'punitief'.

Voor de Franse classificatie van de overtreden norm is allereerst van belang te weten onder welke omstandigheden in het Franse recht wordt gesproken van een bestuurlijke sanctie wegens het niet voldoen aan een wettelijke verplichting (*la répression pour manquement à une obligation textuelle*). In de literatuur oordeelt een meerderheid van auteurs dat sprake is van een bestuurlijke sanctie, indien uit de wet of regelgeving blijkt dat de *intentie* is om te straffen (*critère de l'intention punitive*).²¹⁴ De *Conseil d'Etat* oordeelt echter dat van een bestuurlijke sanctie sprake is als de straf is opgelegd wegens het niet voldoen aan een in de wet of in regelgeving beschreven verplichting. Het begrip bestuurlijke sanctie komt in de Franse rechtspraak en literatuur in de regel aan de orde als het gaat over bestuurlijke sancties die worden uitgesproken door *autorités administratives indépendantes*.²¹⁵ De bestuurlijke sanctie kent naar Frans recht een repressief karakter en wordt in de rechtspraak en literatuur onderscheiden van maatregelen met een preventief karakter. Dit onderscheid is van belang omdat de rechtsbescherming tegen de bestuurlijke sanctie als straf met meer waarborgen is omkleed dan de rechtsbescherming ingeval van (interne) preventief bedoelde maatregelen.²¹⁶ Hoewel de nationale classificatie dus een rol speelt bij het bepalen van het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM, is de vaststelling van de aard van de overtreding en de aard en zwaarte van de sanctie (van welke de aard van de sanctie doorslag-

213 Zie o.a. EHRM 8 juni 1976, NJ 1978, 223 (*Engel*) en EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937 (*Öztürk/Duitsland*).

214 Viel 2007.

215 Zie voor de verenigbaarheid van de procedures voor deze instanties met artikel 6 EVRM: Eveillard 2010, p. 531-539.

216 Viel 2007.

gevende betekenis wordt toegekend) van groter belang. Een oordeel over het karakter van de overheidshandeling zal dus ook moeten afhangen van de invulling van deze criteria.

6.4.4.7 Sociaal zekerheidsrecht: intrekking bijstand

Een indicatie voor de nationale kwalificatie van de bestuurlijke sanctie door middel van de intrekking van opvangvoorzieningen kan wellicht worden gevonden in het sociale zekerheidsrecht, in het bijzonder als het gaat om de intrekking van het recht op bijstand.

Het wettelijk kader voor het recht op bijstand kan worden gevonden in de Code de l'action sociale et des familles (CASF), die door de *LOI n° 2008-1249 du 1er décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion* is gewijzigd en de toekenning regelt van de *revenu de solidarité active* (hierna : RSA). De RSA vervangt onder andere de *revenu minimum d'insertion* (RMI).

De RSA is een voorziening die een minimuminkomen garandeert aan een ieder (L262-1 e.v. CASF), op welke voorziening sinds 1 juni 2009 in geheel Frankrijk een beroep kan worden gedaan.²¹⁷ De CASF regelt dat de bijstandsgerechtigde een overeenkomst sluit met de uitkeringsinstantie waarin rechten en plichten van beide partijen staan beschreven en bevat gronden voor de opschorting (*suspension*) van de RSA.²¹⁸ Voorbeelden zijn het weigeren zich te onderwerpen aan administratieve controles of het niet respecteren van een of meer in de voornoemde overeenkomst opgenomen plichten. Ook het beperken van de RSA behoort tot de mogelijkheden. Rechtspraak over de opschorting van de RSA ontbreekt op het moment van schrijven, maar rechtspraak over de opschorting van de RMI, de voorganger van de RSA, is wel te vinden.

In tegenstelling tot procedures in sociale verzekeringszaken die tot de competentie van de *juge judiciaire* behoren (in eerste aanleg *la Commission de la sécurité sociale*), vallen procedures inzake besluiten over bijstandszaken onder een van *les juridictions administratives spécialisées*, namelijk de *Commission centrale d'aide sociale*. Tegen een uitspraak van deze rechter staat cassatie open op de *Conseil d'Etat*. Een voorbeeld is een procedure waarin de beslissing van *la commission locale d'insertion* (namens de prefect) tot opschorting van de RMI en de beslissing van *la commission départementale d'aide sociale* van Belfort worden vernietigd door de voornoemde *Commission centrale d'aide sociale*. Deze uitspraak werd op zijn beurt vernietigd door de *Conseil d'Etat*.²¹⁹

²¹⁷ Rihal 2009, p. 198-205.

²¹⁸ Artikel L262-35 CASF en artikel L262-37 CASF.

²¹⁹ CE 23 april 2007, nr. 282963. Zie ook: CE 18 februari 2004, nr. 250707.

6.5 Rechtsmiddelen (artikel 21)

Artikel 21, eerste lid, van de richtlijn verplicht de lidstaten tot het bieden van rechtsmiddelen, zowel tegen negatieve beslissingen tot toekenning van voorzieningen op grond van de richtlijn, als tegen beslissingen op grond van artikel 7 van de richtlijn. De beslissingen op grond van artikel 7 van de richtlijn hebben betrekking op het verblijf en de bewegingsvrijheid van de asielzoeker in de lidstaat en worden in dit bestek niet behandeld.

In dit deel ligt de nadruk op de rechtsbescherming tegen negatieve beslissingen over de toekenning van opvangvoorzieningen in de zin van de richtlijn. In het bijzonder wordt hierna het recht op beroep tegen beslissingen in de zin van artikel 16 beschreven, voor zover deze besluiten strekken tot het onthouden van materiële opvangvoorzieningen in de zin van artikel 2 onder j van de richtlijn. In paragraaf 6.4.2.2 is vastgesteld dat deze besluiten naar Frans recht overwegend bestuursrechtelijk van aard zijn. In dit deel zullen daarom eerst de algemene karakteristieken van de Franse rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten aan bod komen en zal het Franse bestuursprocesrecht worden besproken (paragraaf 6.5.1). Daarna worden de voorgeschreven rechtsmiddelen geschetst die kunnen worden ingesteld tegen de besluiten in de zin van artikel 16 (paragraaf 6.4.4), waarna een conclusie volgt (paragraaf 7).

6.5.1 Franse rechtsbescherming

De organisatie van de Franse rechtspraak wordt gekenmerkt door het beginsel van de *séparation des autorités administratives et judiciaires* op grond waarvan twee soorten rechtspraak worden onderscheiden: de *juridiction judiciaire* en de *juridiction administrative*. De *juridiction judiciaire* betreft de bevoegdheid recht te spreken inzake civiele of commerciële geschillen tussen twee personen en de bevoegdheid om inbreuken op strafrechtelijke wetten te sanctioneren. De *juridiction administrative* betreft de uitsluitende bevoegdheid recht te spreken over geschillen tussen een privépersoon en de staat, een territoriale gemeenschap (*collectivité territoriale*), een *établissement public* (rechtspersoon met een algemene publieke taak) of een privéorgaan dat is belast met een publieke taak.²²⁰ De Franse bestuursrechter oordeelt in deze geschillen niet alleen over besluiten van genoemde instanties maar ook over verzoeken om schadevergoeding in het kader van een (on)rechtmatige overheidsdaad, en over overeenkomsten die door het bestuur zijn aangegaan. In dit systeem wordt het handelen van het overheidsbestuur in brede zin dus uitsluitend door de bestuursrechter beoordeeld. De bestuursrechter is ook bevoegd te oordelen over geschillen inzake beslissingen over het toekennen van opvangvoorzieningen aan asielzoekers. De rechtspraak over de opvangvoorzieningen als

220 <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/comment-fonctionne-la-justice-administrative>.

bedoeld in artikel 21, eerste lid van de richtlijn de opvangrichtlijn dient om deze reden te worden bestudeerd met kennis van de bestuursrechtspraak in Frankrijk.

6.5.2 Het bestuursprocesrecht in Frankrijk

6.5.2.1 Organisatie en bevoegdheid van de bestuursrechter

Een wettelijke regeling voor een algemene competentieverdeling tussen de *juridiction judiciaire* en de *juridiction administrative* ontbreekt,²²¹ maar deze verdeling geschiedt aan de hand van in de rechtspraak ontwikkelde criteria. Deze zijn tot stand gekomen door invulling van een eerste principiële en daarom belangrijke uitspraak, en is afkomstig van de Conseil Constitutionnel die een algemene omschrijving van de bestuursrechtspraak biedt.²²²

Enkele van de later ontwikkelde criteria in de rechtspraak zijn: is al dan niet sprake van handelen in publieke dienst (*service public*); is het bestuursrecht op het handelen van toepassing; wordt opgetreden ter vervulling van de publieke taak (*gestion publique*)?²²³

In het bijzonder komen deze criteria in rechtspraak en literatuur, vanwege de complexiteit ervan, aan de orde. Doordat bijvoorbeeld overheidstaken meer en meer door private instellingen worden uitgevoerd in plaats van door de klassieke overheidsinstanties, is op die taken een rechtsregime²²⁴ van toepassing dat deels privaatrechtelijk en deels publiekrechtelijk van aard is.

In de regel is de bestuursrechter bevoegd als door het overheidsbestuur (maar ook door het private orgaan) in het algemeen belang (*intérêt général*) wordt gehandeld ter uitvoering van bepaalde toegekende overheidstaken (*prérogative de puissance publique*), maar er zijn uitzonderingen.²²⁵

Samengevat acht de bestuursrechter zich bevoegd behoudens wettelijke tegenindicaties kennis te nemen van geschillen, als het bestuur, los van de formeel-organisatorische gedaante, naar zijn oordeel (in het bijzonder) handelt ter behartiging van het algemeen belang. De materiële betekenis van het *service public* criterium is dus doorslaggevend voor de competentie van de bestuursrechter.²²⁶

De belangrijkste bepalingen over de organisatie van en de procedures bij de administratieve rechters zijn te vinden in de *Code de Justice administrative* (hierna: CJA). In eerste aanleg zijn de *tribunaux administratifs* bevoegd kennis te nemen van bestuursgeschillen: *Les tribunaux administratifs sont, en premier ressort et sous réserve des compétences attribuées au Conseil d'Etat, juges de droit commun du conten-*

221 De bevoegdheid van de rechter om kennis te nemen van een geschil wordt bij wijze van uitzondering soms in een specifieke wet bepaald.

222 CC 23 januari 1987, *Conseil de la concurrence*, RD publ. 1987.1341, m. nt. Y. Gaudemet; RFDA 287, m.nt. B. Genevois, en 301, obs. L. Favoreu.

223 Morand-Deville 2005, p. 17-21. Chapus 2001, p. 5.

224 Schlössels 2003, p.18, onder verwijzing naar Versteeg 1987, p. 128.

225 Zie voor rechtspraak en bespreking van deze criteria: Waline 2008, p. 534-540.

226 Schlössels 2003, p. 19.

tieux administratif (artikel L221-1 CJA). Deze bestuursrechtbanken zijn verdeeld in een of meerdere kamers van welke het aantal verschilt per gerecht. Ingeval van kennelijke onbevoegdheid of kennelijke niet-ontvankelijkheid wordt de zaak door één rechter afgedaan.²²⁷ Tegen een uitspraak van de bestuursrechtbank kan appel worden ingesteld bij een van de bevoegde hoven (*les cours administratives d'appel*).

Zoals werd vastgesteld biedt de hiervoor geciteerde bepaling L221-1 CJA de bevoegdheid tot het kennisnemen van bestuursrechtelijke geschillen in eerste aanleg aan de *tribunal administratif*. Ook de *Conseil d'Etat* is echter volgens deze bepaling in eerste aanleg bevoegd kennis te nemen van bepaalde geschillen, maar deze bevoegdheid geldt voor een beperkt aantal besluiten: decreten van de President van de Republiek en van de Eerste Minister, zowel wanneer deze van individuele als van algemene strekking zijn; regelgeving van ministers; besluiten over de rechtspositie van hoge ambtenaren die bij decreet van de President van de Republiek zijn benoemd.

De *Conseil d'Etat* is naast rechter in eerste aanleg ook cassatierechter en heeft tevens een adviserende taak. De Afdeling *Contentieux* is belast met de administratieve rechtspraak en is verdeeld in tien onderafdelingen (*sous-sections*). Afhankelijk van de zaak worden de uitspraken gedaan door een of meerdere van deze onderafdelingen.

Er zijn verschillende bijzondere bestuursrechters zoals de *Cour nationale du droit d'asile* (CNDA) die sinds 2007 de rechtsopvolger is van de '*Commission des recours des réfugiés*' (CRR)²²⁸ en recht spreekt in asielprocedures. Andere bijzondere bestuursrechters zijn de *commissions départementales d'aide sociale* die oordelen in bijstandsgeschillen, en de *Commission centrale d'aide sociale* die in cassatie oordeelt over deze uitspraken.

6.5.2.2 Vormen van beroep

Het beroep op de bestuursrechter wordt in het Franse bestuursrecht traditoneel naar object en naar uitspraakbevoegdheid onderscheiden in het *recours pour excès de pouvoir* en het *recours de pleine juridiction*.²²⁹ Het *recours pour excès de pouvoir* lijkt met betrekking tot het object ervan het meest op het beroep zoals artikel 8:1 van de Awb deze biedt, omdat dit beroep alleen tegen *actes administratifs* (besluiten) kan worden ingesteld. Onder het begrip besluiten worden naar Frans recht echter ook de meeste algemeen verbindende voorschriften gerekend, zodat het recht van beroep (in tegenstelling tot Nederland) ook openstaat tegen deze categorie besluiten.

²²⁷ Artikel R221 CJA.

²²⁸ De CRR werd gecreëerd bij wet van 25 juli 1952, de CNDA werd ingesteld bij wet nr. 2007-1631 van 20 november 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile – art. 29 JORF 21 november 2007.

²²⁹ Waline 2008, p. 588 e.v.

Evenals in het Nederlands recht gewoon is, wordt ook in het Franse recht de vernietiging van het besluit gevraagd, dat wil zeggen het *ex tunc* en *erga omnes* ongeldig verklaren van een publiekrechtelijke rechtshandeling wegens strijd met het objectieve publiekrecht.²³⁰

Ten aanzien van een aantal andere aspecten gaat de vergelijking echter mank. Een aantal belangrijke instrumenten dat het Nederlandse bestuursrecht kent, zoals het zelf in de zaak voorzien ingevolge artikel 8:72, vierde lid, Awb, ontbreekt bij deze vorm van beroep, die (slechts) vernietiging ten doel heeft. De uitspraken die de rechter in dit kader kan doen zijn: onbevoegdverklaring, niet-ontvankelijkverklaring van het beroep, ongegrondverklaring, of vernietiging van de aangevallen *acte administratif*. Bovendien wordt dit soort beroep in tegenstelling tot de Nederlandse bestuursrechtelijke beroepsprocedure voornamelijk gezien als een middel om de rechtmatigheid van het besluit te beoordelen (*recours objectif*).

Het *recours de pleine juridiction* wordt daarentegen (meer) gezien als een *recours subjectif*.²³¹ Deze vorm van beroep staat alleen open voor degene wiens recht is geschonden en onderscheidt zich verder van het *recours pour excès de pouvoir*, doordat niet alleen de *actes administratifs* maar ook andere handelingen van het bestuur object van de beroepsprocedure kunnen zijn. Een handeling kan bijvoorbeeld bestaan uit een (afwijzing van een) verzoek om schadevergoeding vanwege een (on)rechtmatige overheidsdaad, of het niet nakomen van een overeenkomst die door het bestuur is aangegaan. Bovendien werkt de uitspraak die strekt tot de vaststelling dat een besluit onrechtmatig is niet jegens eenieder: deze heeft slechts relatief gezag van gewijsde tussen partijen.²³²

Een belangrijke gelijkenis met het *recours pour excès de pouvoir* is dat de bestuursrechter de handeling ook in het kader van deze vorm van beroep kan vernietigen. Een belangrijk verschil met het *recours pour excès de pouvoir* is dat de rechter in het kader van het *recours de pleine juridiction* ruimere uitspraakbevoegdheden kent. De rechter kan niet alleen vernietigen maar ook zelf in de zaak voorzien (*substituer sa propre décision*)²³³ en schadevergoeding toekennen. Schadevergoeding vanwege een (on)rechtmatige overheidsdaad wordt in dit kader gevraagd door middel van het zo genoemde *recours en responsabilité* (een toepassingsvorm van laatstgenoemde vorm van beroep). In een andere toepassingsvorm van het *recours de pleine juridiction*, het *recours en matière contractuelle*, kan het niet nakomen van een publiekrechtelijke overeenkomst aan de kaak worden gesteld.

De voornoemde mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien is in de wet geregeld. Als uit de rechterlijke uitspraak volgt dat een bepaalde handeling door

230 Willemsen 2008, p. 63.

231 Zie echter voor een nuancering van deze visie: Chapus 2001, p. 790

232 Willemsen 2008, p. 80. Roozendaal 1998.

233 Chapus 2001, p. 790.

het bestuur dient te worden verricht, beveelt de bestuursrechter op verzoek van een partij het bestuur om deze handeling te verrichten (artikel L911-1 CJA).²³⁴ Dient inderdaad een bestuurshandeling te worden verricht, maar is sprake van een discretionaire bevoegdheid voor het bestuur, dan beveelt de bestuursrechter op verzoek van een partij om het bestuur de nadere bestuurshandeling binnen een bepaalde termijn en met inachtneming van de uitspraak te laten verrichten (artikel L911-2 CJA). Daarnaast kan een partij zich tot de voorzitter van het hof of de rechtbank richten met een verzoek om uitvoering van de uitspraak.

De laatste jaren doet zich de tendens voor dat het *recours pour excès de pouvoir* en het *recours de pleine juridiction* als vormen van beroep naar elkaar toegroeien. De *Code de Justice administrative* die sinds 1 januari 2001 in werking is, hanteert het onderscheid in grote lijnen niet meer. De *Conseil d'Etat* hanteert het verschil tussen beide vormen van beroep echter wel in zijn rechtspraak.²³⁵

6.5.2.3 Belang

De rechtspraak stelt voor het *recours pour excès de pouvoir* als enige eis dat de indiener van het beroep een belang (*intérêt*) bij het beroep heeft. Het enige criterium dat in de rechtspraak in het kader van het *recours pour excès de pouvoir* in dit verband geldt, is dat de eiser belang heeft om de vernietiging van het besluit te bereiken. Dit betekent dat het bestreden besluit gevolgen moet hebben voor zijn persoonlijke situatie en dat die situatie zal verbeteren als het besluit uit het recht verdwijnt.²³⁶ In het kader van het *recours de pleine juridiction* wordt in beginsel slechts de eiser die een schending van een subjectief recht aannemelijk maakt, ontvangen in zijn beroep. Deze voorwaarde is dus een striktere eis dan die geldt in het *recours pour excès de pouvoir*.

Naast de belanghebbende eiser en het bestuursorgaan kunnen bij beide vormen van beroep personen in de procedure tussenkomen als partij of als 'eenvoudige deelnemer'. De *commissaire du gouvernement* stelt een conclusie op voor het gerecht waarin een onafhankelijk en onpartijdig advies wordt gegeven over de vaststelling, waardering van feiten en de rechtvragen in het geding (artikel L7 CJA).

6.5.2.4 Bestuurlijke voorprocedure

De eiser is in de regel niet verplicht een bestuurlijke voorprocedure (*recours administratif préalable*) zoals ook Nederland deze kent, te doorlopen.²³⁷ Wel dient een uitdrukkelijke beslissing door het bestuur te zijn genomen voordat beroep kan worden ingesteld. Ingeval van het *recours pour excès de pouvoir* dient sprake te zijn

234 Voorbeelden van het gebruik maken van deze uitspraakbevoegdheid worden beschreven door Konijnenbelt 2008, p. 417.

235 Waline 2008, p. 590, verwijst onder meer naar CE 27 september 2006, *M. Maupas*, *AJDA* 2007.271.

236 Waline 2008, p. 596.

237 Chapus 2008, p. 403.

van een *décision préalable*: tegen een *acte administratif* kan direct deze vorm van beroep worden ingesteld. De beroepstermijn is twee maanden na de bekendmaking of mededeling van het besluit. Als geen besluit is genomen, maar verzocht is om een besluit te nemen, kan de rechtzoekende na vier maanden na het verzoek alsnog direct beroep instellen.

Ook aan het *recours de pleine juridiction* zal een uitdrukkelijk besluit in de regel ontbreken: het besluit zal moeten worden uitgelokt door nakoming van een overeenkomst of schadevergoeding te vragen. De rechtzoekende kan tegen de afwijzende beslissing van een dergelijk verzoek binnen twee maanden in beroep komen, waarbij van belang is dat ook hier het gedurende vier maanden weigeren een beslissing te nemen een appellabel besluit is.

Er zijn vrijwel geen voorschriften voor het inbrengen van zaken in een niet verplicht voorgeschreven bestuurlijke voorprocedure. Als deze voorprocedure (in het uitzonderlijke geval) wel verplicht is gesteld, wordt aangenomen dat het op de voorprocedure volgend beroep bij de bestuursrechter mede kan berusten op middelen die niet zijn ingeroepen in de voorprocedure. Dit laatste werd overwogen in de uitspraak *Garnier*:²³⁸ afgezien van de vordering (*l'objet*) hoeft de omvang van het geding dus niet al in de voorprocedure te zijn afgebakend. De vraag wordt in de literatuur gesteld hoe dit gebrek aan relatie tussen beroep en voorprocedure zich verhoudt tot het principe dat de voorprocedure dient als een eerste onderzoek van de zaak, in welk kader zelfs soms ook van *préjugement* wordt gesproken.²³⁹

Het leerstuk van de *immutabilité du litige* (onveranderlijkheid van het geschil) houdt in dat het kader van het geschil in beginsel is afgebakend bij het sluiten van de termijn voor het instellen van beroep. Aanvullende vorderingen kunnen niet meer worden gesteld en de *cause* mag niet worden veranderd (zie ook par. 6.5.2.5 *de omvang van het geding*). Een voorbeeld: indien eiser binnen de beroepstermijn alleen heeft geklaagd over de *légalité externe* zoals onbevoegdheid bij het totstandkomen van het besluit, kan hij er na het sluiten van de beroepstermijn niet over klagen dat het besluit een *illégalité interne* oplevert omdat het op juridische of op feitelijke gronden een gebrek vertoont (*erreur de droit* of *erreur de fait*). In dit kader dient te worden opgemerkt dat de onbevoegdheid van het bestuursorgaan een middel van openbare orde is dat ambtshalve dient te worden getoetst.

6.5.2.5 Omvang van het geding

De omvang van het geding wordt onder andere bepaald door de keuze tussen *ex tunc*-toetsing of *ex nunc*-toetsing door de rechter. De toetsing van het besluit die in het kader van het *recours pour excès de pouvoir* plaatsvindt, geschiedt naar het recht en de feiten zoals deze waren ten tijde van het nemen van het bestreden

²³⁸ CE 21 maart 2007, *Garnier*, p. 128.

²³⁹ Zie Chapus 2008, p. 407.

besluit: een *ex tunc*-toetsing.²⁴⁰ In het *recours de pleine juridiction* wordt de *ex nunc*-toetsing gehanteerd, een toetsing naar het moment waarop de rechterlijke overweging plaatsvindt.²⁴¹

Een andere factor die de omvang van het geschil omlijnt, is de vordering (*l'objet*) die aan het beroep ten grondslag ligt: deze dient nauwkeurig te worden verwoord in de conclusie van de eiser. Het verbod van *ultra petita* gaan wordt streng gehandhaafd.

Ook het onderwerp van de eis (*la cause*) is van belang voor het vaststellen van de grenzen van het geding, waarbij weer onderscheid dient te worden gemaakt tussen het *recours pour excès de pouvoir* en het *recours de pleine juridiction*. In het kader van het *recours pour excès de pouvoir* worden enerzijds *causes* onderscheiden die betrekking hebben op de *légalité externe* (onbevoegdheid en schending van vorm- of procedurevoorschriften) en anderzijds *causes* die zien op de interne wettigheid (*légalité interne*).²⁴² Bij deze categorie wordt een materiële schending van een normatieve bepaling of van een rechtsbeginsel zoals *détournement de pouvoir* aan de orde gesteld.

Een voorbeeld in het *recours de pleine juridiction* van een *cause* is de aansprakelijkheidstelling vanwege rechtmatige of onrechtmatige overheidsdaad. Indien appellant na afloop van de beroepstermijn middelen inbrengt die zien op een andere *cause* dan de *cause* waaruit de middelen voortvloeien die zijn ingebracht binnen de beroepstermijn, is sprake van een *demande nouvelle*. Dit is een niet toegestane wijziging van de grondslag van de eis: slechts ingeval middelen van openbare orde in het geding worden gebracht lijdt deze regel uitzondering. De middelen die in de conclusie worden opgenomen, dienen bovendien beargumenteerd te zijn. Met deze middelen worden de rechtsfeiten (*moyens de fait*) bedoeld, en ook de rechtsgronden (*moyens de droit*) die doorgaans met *moyens* worden aangeduid.

De rechter gaat uit van de door partijen aangevoerde rechtsfeiten en de rechtsgronden van het beroep welke door de Franse bestuursrechter niet mogen worden aangevuld,²⁴³ tenzij het middelen van openbare orde betreft. In dat geval moet de rechter de rechtsgronden aanvullen en mag hij de feitelijke grondslag aanvullen, waarbij de bestuursrechter de partijen de gelegenheid biedt hun zienswijze over het gebruik van deze middelen in procedure kenbaar te maken. De middelen van openbare orde kunnen zowel de interne als de externe wettigheid betreffen, zoals bepalingen over ontvankelijkheid van het beroep en de bevoegdheid van de rechter en van het bestuursorgaan. Strijd met het EU-recht of met (ar-

240 Chapus 2008, p. 226.

241 Chapus 2008, p. 234.

242 Chapus 2008, p. 675.

243 Ten aanzien van dit laatste verbod bestaat echter enige nuancering in de literatuur. Enkele auteurs menen dat de rechter de rechtsgronden van het beroep wel mag aanvullen, maar daar niet toe is verplicht. Zie Lepage & Huglo 2002, p. 451. Zie ook Chapus 2008, p. 796.

tikel 6 van) het EVRM behoren niet tot middelen van openbare orde in het Franse bestuursrecht.²⁴⁴

De bewijslast van het bestaan van de feitelijke grondslag van de eis ligt in beginsel bij de eiser zelf, maar komt bij het bestuursorgaan te liggen als er een serieus begin van bewijs is gemaakt. De bestuursrechter kan dan de bewijslast omkeren door het bestuur te vragen kennis te geven van de gronden van het aangevalen besluit. Dit laatste vloeit voort uit het inquisitoire karakter van de procedure. Als het bestuur om inlichtingen wordt gevraagd, dienen naast het besluit ook de stukken op grond waarvan het besluit is genomen te worden overlegd, op straffe van gegrondverklaring van het beroep.²⁴⁵

6.5.2.6 Toetsing

De toetsing van de feiten lijkt in het *recours pour excès de pouvoir* vanwege de *extunc*-benadering een beperktere te zijn dan in het kader van het *recours de pleine juridiction*. In de laatste vorm van beroep stelt de rechter (indien hiertoe aanleiding is) zoveel mogelijk zijn eigen oordeel in de plaats van de bestuursbeslissing en geeft hij een oordeel over de feiten zoals deze zijn op het moment van de beslissing.²⁴⁶ Als de rechter in het *recours pour excès de pouvoir* van oordeel is dat de juistheid van een feit door een partij overtuigend is betwist, vernietigt de bestuursrechter het besluit vanwege *inexactitude des faits*: de rechterlijke uitspraak blijft in de regel beperkt tot de formele aspecten.

Voor beide vormen van beroep geldt dat de bestuursrechter niet alleen de juistheid van de feiten beoordeelt,²⁴⁷ maar zich ook buigt over de juistheid van de juridische kwalificatie die het bestuur aan de feiten heeft gegeven,²⁴⁸ hetgeen in de Franse literatuur als een grote stap naar een betere controle van de legaliteit wordt gezien.

De intensiteit van de toetsing door de bestuursrechter van de kwalificatie van de feiten komt aan de orde indien sprake is van de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid (*pouvoir discrétionnaire*) door het bestuur, waarbij overigens geen duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid. Of het bestuur discretionaire bevoegdheid toekomt, wordt bepaald door de wet, jurisprudentie en beginselen. De toetsing wordt onderscheiden in een *contrôle normal* en een *contrôle minimum*. De bestuursrechter voert in de mees-

244 Zie voor het EG-recht CE 28 juli 1993, *Rec. CE*, p. 237 (*Bach et autres*). Zie voor het EVRM: CE 16 januari 1995, *Sarl Constructions industrielles pour l'agriculture*, *Rec. CE*, p. 35. Zie ook CE 15 juli 2004, *Ep. Leroy*, p. 338, *AJ* 2004, p. 1926.

245 CE 28 mei 1954, *Barel*, *GA* 2005, nr. 72

246 Willemsen 2008, p. 66.

247 Voor de vaststelling dat de bestuursrechter de juistheid van feiten toetst, zie: de zaak *Camino*, CE 14 januari 1916, *Camino*, *GA* 2005, nr. 30. Zie verder Chapus 2001, p. 1046-1047.

248 De toetsing van de juridische kwalificatie geschiedt sinds het arrest *Gomel*: CE 4 april 1914, *GA* 2005, nr. 29. Zie verder Chapus 2001, p. 1043. Zie ook Bok 1992, p. 75.

te gevallen een *contrôle normal* uit, in welk verband de rechter zelfstandig de feiten kwalificeert en het besluit indien nodig vernietigt. Alleen als sprake is van een beslissing met beleidsvrijheid kan de bestuursrechter ambtshalve de methode van het vervangen van de gronden (*substitution des motifs*) hanteren.²⁴⁹ Deze methode houdt in dat het beroep kan worden verworpen als gevolg van de substitutie van de gronden. Met andere woorden: als het besluit alsnog wordt ondersteund door een juiste motivering, kan het besluit worden gesauveerd.²⁵⁰ Sinds de uitspraak *Hallal*²⁵¹ kan dit niet alleen geschieden ingeval van gebonden bevoegdheid, maar ook onder voorwaarden indien sprake is van een discretionaire bevoegdheid. In het kader van een *contrôle minimum* bekijkt de bestuursrechter slechts of sprake is van een *erreur manifeste d'appréciation*.²⁵² Deze intensiteit van toetsing komt met name voor ingeval van beleidsargumenten en indien technische deskundigheid is vereist.

6.5.2.7 *Speedprocedures*

Het Franse bestuursrecht verbindt geen schorsende werking aan het instellen van beroep, 'tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, of het bevoegd gezag schorsing heeft bevolen'.²⁵³ Het gegeven dat als hoofdregel geen schorsende werking aan het beroep is verbonden, is te verklaren door de Franse blik op de verhouding tussen het bestuur en de bestuursrechter. Deze komt er op neer dat de werking van besluiten van het bestuur niet mag worden gestuit. Het is daarom voor de rechtsbescherming van groot belang geweest dat sinds 2001 de *Code de Justice administrative* de mogelijkheid biedt tot het vragen van een voorlopige voorziening (*référé*) in een procedure bij de president van de rechtbank. Het Franse recht kent zes verschillende soorten *référés*. Drie ervan kennen, naast het indienen van een beroep in de bodemprocedure, het vereiste van spoed als criterium (*référés d'urgence*). Het *référé-suspension* biedt de rechter onder die voorwaarden de bevoegdheid om bestuursbesluiten te schorsen en is kwantitatief de belangrijkste voorziening. Het *référé liberté* of *référé injonction* kan worden ingediend als de verzoeker redelijke twijfel wekt over de rechtmatigheid van het besluit, als een ernstige en evident onrechtmatige schending van een *liberté fondamentale* van een burger²⁵⁴ dreigt, of als er (nog) geen besluit is, maar de voorlopige voorziening is

249 Chapus 2001, p. 1045.

250 Zie voor een overzicht van mogelijkheden gebreken te herstellen en de gevolgen van nadere besluiten hangende de procedure: Willemsen 2008, p 74-79.

251 CE 6 februari 2004, *Mme Hallal*, Rec.CE p. 48.

252 Chapus 2001, p. 1061-1071.

253 Artikel L. 4 CJA.

254 Het recht asiel te kunnen vragen en het recht op opvangvoorzieningen tijdens de asielprocedure is een voorbeeld van een *liberté fondamentale*. Zie hierover het oordeel van de CE, 23 maart 2009, nr. 325884. In dezelfde zin TA Nice, 17 februari 2009, nrs. 0900542 en 0900545.

spoedheidshalve noodzakelijk.²⁵⁵ Het *référé liberté* maakt een rechterlijk gebod aan het bestuur mogelijk. Het *référé conservatoire* wordt gezien als een complement van het *référé-suspension* omdat de rechter alle overige nuttige maatregelen kan opleggen, die niet in het kader van het *référé-suspension* kunnen worden getroffen.²⁵⁶ Tegen de uitspraak van de rechter in een spoedprocedure kan de asielzoeker in appel komen bij de *Conseil d'Etat*.²⁵⁷

6.5.2.8 Hoger beroep

Tegen een uitspraak van *le tribunal administratif* kan naar huidig Frans recht appel worden ingesteld bij één van de bevoegde hoven (*les cours administratives d'appel*). Het Franse bestuursprocesrecht kent twee functies van het hoger beroep: *réformation* en *voie d'annulation*. *Réformation* wordt vertaald als 'herstelfunctie' en heeft tot doel materiële onjuistheden van de bestreden uitspraak te controleren en te herstellen. *Voie d'annulation* is te vertalen als (en leidt tot) nietigverklaring, die tot gevolg heeft dat de beroepsrechter verwijst naar de rechter in eerste aanleg. Vernietiging vindt plaats ingeval sprake is van formele gebreken bij de totstandkoming van het vonnis van de rechter in eerste aanleg. Dit soort gebreken doet zich voor als voorschriften van het procesrecht zijn geschonden en zien in de regel op de externe wettigheid van de uitspraak, zoals ingeval van onbevoegdheid en schending van vorm- of procedurevoorschriften.

De herstelfunctie is de belangrijkste functie van het appel en wordt gekenmerkt door het feit dat de (devolutieve) werking van het hoger beroep slechts plaatsvindt met betrekking tot datgene waartegen men in hoger beroep is gegaan: de rechter kan niet beslissen over zaken die hem niet zijn voorgelegd. Bovendien is de devolutieve werking in dit kader beperkt tot zaken die aan het oordeel van de rechter zijn onderworpen. Deze beperkingen zijn een uiting van het principe dat de appelrechter zich beperkt tot controle (en eventueel herstel) van de uitspraak van de eerste rechter.

Als een in het hoger beroepschrift opgenomen grief gegrond wordt verklaard, heeft de devolutieve werking tot gevolg dat de appelrechter moet beslissen over (alle) in eerste instantie door de appellant aangevoerde middelen. Dit geldt niet voor de middelen die uitdrukkelijk zijn verworpen in de uitspraak in eerste aanleg en niet zijn herhaald in appel, tenzij appellant in eerste aanleg gelijk heeft gekregen en verweerder in appel is.

In tegenstelling tot het Nederlandse bestuursprocesrecht hoeft appellant in appel geen grieven aan te voeren om ervoor te zorgen dat (in eerste aanleg) niet

²⁵⁵ Artikel L. 521 CJA.

²⁵⁶ Zie voor een overzicht van spoedprocedures in Frankrijk door De Waard 2006, p. 171-191.

²⁵⁷ Voor een overzicht van de voorlopige voorziening procedure in verhouding tot de Nederlandse procedure, zie Konijnenbelt 2010, p. 912.

behandelde gronden worden besproken: deze moeten door de appèlrechter opnieuw (of alsnog) worden onderzocht.

Een ander onderscheid met het Nederlandse systeem is dat het Franse bestuursprocesrecht de mogelijkheid van incidenteel appèl kent, overigens zonder dat aan deze vorm van appèl een beroepstermijn is gebonden of zolang de principaal appellant geen afstand heeft gedaan van zijn appèl.²⁵⁸

6.5.3 *De rechtsbescherming tegen besluiten over de opvangvoorzieningen in de zin van artikel 21, eerste lid, richtlijn*

De hiervoor beschreven beginselen van het Franse bestuurs(proces)recht zijn van toepassing op besluiten over opvangvoorzieningen van asielzoekers als bedoeld in artikel 21, eerste lid, van de richtlijn. Een bestuurlijke voorprocedure tegen een beslissing over opvangvoorzieningen is wettelijk niet verplicht gesteld: tegen deze beslissing kan door de belanghebbende in de regel direct een beroep op de bestuursrechter worden gedaan. Voor de toepassing van artikel 21, eerste lid van de richtlijn moet de vraag worden beantwoord of dit soort besluiten *negatieve beslissingen met betrekking tot de toekenning van voorzieningen op grond van deze richtlijn of beslissingen op grond van artikel 7 die individuele gevolgen hebben voor asielzoekers* zijn. Is dit het geval, dan moeten de lidstaten ervoor zorgen dat beroep kan worden aangetekend volgens de in de nationale wetgeving neergelegde procedures. Hierna worden de mogelijkheden van beroep tegen besluiten over opvangvoorzieningen beschreven.

6.5.3.1 *Beroep in eerste en enige aanleg tegen algemene besluiten over opvangvoorzieningen: de Conseil d'Etat*

In paragraaf 6.5.2.1 werd al beschreven dat de *Conseil d'Etat* ingevolge artikel L221-1 CJA bevoegd is in een *recours pour excès de pouvoir* in eerste en enige aanleg kennis te nemen van beroepsprocedures tegen enkele van de belangrijkste uitvoerende overheidsbesluiten zoals een *décret*, een *arrêté ministériel* of een *circulaire ministériel*.²⁵⁹ In dit *recours pour excès de pouvoir* kan de beroepsgerechtigde naar voren brengen dat aan de beslissing een illegalité interne of externe kleeft.

Dit beroep wordt in Frankrijk in procedures met betrekking tot de opvangvoorzieningen van asielzoekers hoofdzakelijk ingesteld door belangenorganisaties voor asielzoekers zoals CIMADE²⁶⁰ en GISTI.²⁶¹ Een voorbeeld is de beroepsprocedure die leidde tot de uitspraak van 16 juni 2008²⁶² waarin de *Conseil d'Etat*

258 CE 10 mei 1989, *Ville de Mâcon*, Rec. CE, p. 880.

259 Zie voor de voorwaarden waaronder het recht op beroep tegen een circulaire openstaat: CE 18 december 2002, n° 233618.

260 CIMADE stamt uit 1939 en staat voor Comité Inter-Mouvements Auprès Des Evacués, www.cimade.org.

261 Groupe d'information et de soutien des immigrés, www.gisti.org.

262 CE 16 juni 2008, nrs. 300636 en 300637.

het decreet 2006-1380 van 13 november 2006 van de minister van immigratie, mede gelet op de opvangrichtlijn, deels vernietigde (zie paragraaf 6.4.1.1) nadat tegen dit decreet dat het recht op een ATA beperkte, door CIMADE beroep was ingesteld. Dit decreet is een besluit dat algemene verbindende voorschriften bevat, die inhouden dat aan bepaalde groepen asielzoekers geen opvangvoorzieningen worden toegekend, zoals de asielzoekers die uit veilige derde landen komen. Het besluit heeft dus in ieder geval individuele gevolgen voor de asielzoeker die uit een veilig derde land afkomstig is. In deze procedure was het CIMADE die in beroep kwam tegen het besluit.

Het is aannemelijk dat het recht op een rechtsmiddel als bedoeld in artikel 21 van de richtlijn niet gericht is tot rechtspersonen als de CIMADE, omdat het toepassingsbereik van de richtlijn zich op grond van artikel 3 van de richtlijn beperkt tot de asielzoeker die een asielaanvraag heeft ingediend en zijn asielaanvraag in de lidstaat mag afwachten. Maar als er voldoende verband tussen het besluit in geding (in dit geval het decreet) en de persoonlijke omstandigheden van de asielzoeker is, en wordt aangenomen dat het belang niet te indirect of te onzeker is,²⁶³ zou ook de individuele asielzoeker als belanghebbende in de beroepsprocedure kunnen optreden. In zoverre kan worden aangenomen dat met artikel L221-1 CJA wordt voldaan aan de plicht van de lidstaat om ervoor zorg te dragen dat tegen de in artikel 21, eerste lid van de richtlijn genoemde beslissingen rechtsmiddelen openstaan. Dit laat op grond van artikel 21 van de richtlijn onverlet de mogelijkheid voor de asielzoeker om ook tegen de tot hem gerichte besluiten rechtsmiddelen in te kunnen stellen.

6.5.3.2 Beroep in de bodemzaak tegen individuele besluiten over opvangvoorzieningen: *tribunal administratif*

Een beroep in de bodemzaak bij de bestuursrechter in een recours pour excès de pouvoir tegen individuele besluiten over opvangvoorzieningen die in de vorm van *actes administratives individuelles* worden genomen, moet worden ingesteld bij de bestuursrechtbank *tribunal administratif* waarna hoger beroep mogelijk is bij een van de *Cours d'appel administratives*, en uiteindelijk cassatie ten aanzien van het recht kan worden ingesteld (artikel L621 *Code Justice*). De in het kader van de opvangrichtlijn relevante individuele besluiten die tot in hoogste instantie kunnen worden aangevochten bij de bestuursrechter, worden hierna beschreven.

ATA

In paragraaf 6.4.1.1 is vastgesteld dat de beslissing over het verlenen van de ATA wordt genomen door de *Pôle d'emploi (établissement public)* en een bestuursrechtelijke beslissing is. Op grond van de in paragraaf 6.5.2.1 genoemde criteria is deze beslissing voor beroep vatbaar bij de bestuursrechter. De circulaire van 2009 over

²⁶³ Chapus 2001, p. 795.

de *allocation temporaire d'attente* (ATA)²⁶⁴ gaat hier ook vanuit. Zij geeft aan dat bestuursrechtelijke rechtsmiddelen openstaan tegen beslissingen over het al dan niet toekennen van de ATA door de *Pôle d'emploi*. De plaatselijke *Pôle d'emploi* is volgens die circulaire bevoegd om het tegen de beslissing ingediende *recours gracieux* (lees bezwaarschrift) te beoordelen. Een *recours hiérarchique* (vergelijkbaar met het Nederlandse administratief beroep) moet bij de territoriaal bevoegde *Pôle d'emploi* worden ingediend. Het beroep op de rechter (*le recours contentieux*) moet door de asielzoeker binnen twee maanden na ontvangst van de beslissing door de asielzoeker worden ingediend bij de administratieve rechter (*tribunal administratif*). Ingeval van een beroepsprocedure is de *Pôle d'Emploi* verweerder in naam van de Staat. De rechtspraak biedt enkele recente voorbeelden van procedures tegen de ATA bij de bestuursrechter.²⁶⁵

CADA

Artikel R348-1 van de CASF bepaalt dat het aanbod van opvang in een CADA wordt gedaan door de prefect die bevoegd is tot onderzoek van de aanvraag tot toelating tot verblijf door de asielzoeker. In Parijs is de prefect van de regio *Ile-de-France*, ook prefect van Parijs, bevoegd. Als de asielzoeker het aanbod tot opvang accepteert, informeert de prefect de CADA hierover en vraagt hij de asielzoeker zich aan de beheerder van de CADA te presenteren, die zelf de uiteindelijke beslissing tot toelating tot de CADA neemt.²⁶⁶ Het beroep tegen een beslissing van de prefect om de asielzoeker geen opvang te bieden, is los van de beslissing van de beheerder van het centrum op de asielzoeker niet tot het centrum toe te laten, een beslissing die vatbaar is voor beroep bij de bestuursrechter. Dit geldt volgens de bestuursrechter ook voor de *impliciete* weigering hiertoe van de prefect.²⁶⁷

Als hoofdregel geldt dus dat de prefect de beslissingen over opvangvoorzieningen van de asielzoeker neemt. Een beslissing over de opvangvoorzieningen van de asielzoeker die door een beheerder van een CADA (zoals *Forum Réfugiés* of *France Terre d'asile*) wordt genomen, zou mijns inziens echter ook een besluit zijn dat tot de competentie van de bestuursrechter behoort. In de regel is de bestuursrechter immers bevoegd als in het algemeen belang (*intérêt général*) wordt gehandeld ter uitvoering van bepaalde toegekende overheidstaken (*prérogative de puissance publique*), maar er zijn uitzonderingen op deze regel.²⁶⁸ Het maakt dan voor de vaststelling van de bevoegdheid geen verschil of de handeling door het overheidsbestuur of door het private orgaan zoals *France Terre d'Asile* wordt ver-

264 Circulaire interministérielle no NOR IMIM0900085C relative a l'allocation temporaire d'attente, afkomstig van (o.a.) le ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire.

265 Zie bijvoorbeeld CE 7 augustus 2007, nr. 301540 en CE 23 maart 2009, nr. 325884.

266 Artikel L348-3 en R348-2 van de CASF.

267 TA Nice 17 februari 2009, nrs. 0900542 en 0900545.

268 Zie voor rechtspraak en bespreking van deze criteria: Waline 2008, p. 534 t/m 540.

richt. Een voorbeeld van rechtspraak over deze soort beslissingen heb ik echter niet gevonden.

Naast de bestuursrechter kan echter ook de gewone rechter, de *juge judiciaire*, een rol spelen in procedures tegen beslissingen over opvangvoorzieningen. Omdat het bestuursrechtelijke besluit om (bijvoorbeeld) de opvang te beëindigen naar Frans recht geen geldige titel voor ontruiming oplevert, moet hierom bij de *juge judiciaire* worden verzocht.

APS

In paragraaf 2.3.3 is beschreven dat de prefect die bevoegd is over het verlenen van de APS te beslissen,²⁶⁹ vaststelt of de wettelijke weigeringsgronden voor verblijf in Frankrijk zich voordoen. Als niet wordt voldaan aan één van de weigeringsgronden wordt de asielzoeker binnen 15 dagen een APS voor één maand verstrekt met de aantekening: 'met het oog op de volgens OFPRA te ondernemen stappen' en verkrijgt hij een formulier voor de asielaanvraag. De asielaanvraag moet vervolgens binnen 21 dagen na de uitreiking van de APS door middel van voornoemd formulier in de Franse taal²⁷⁰ bij de OFPRA worden ingediend. Als de asielaanvraag niet binnen 21 dagen wordt ingediend, wordt de aanvraag niet bij de OFPRA geregistreerd.²⁷¹

De CESEDA bepaalt dat de asielzoeker aan wie de voor één maand geldige APS is verstrekt, binnen drie dagen na afloop ervan in het bezit wordt gesteld van een *récépissé de la demande d'asile* (hierna: *récépissé*) onder de voorwaarde dat de asielzoeker van de OFPRA schriftelijk bewijs heeft gekregen van de registratie van de asielaanvraag, de zogenaamde *lettre d'enregistrement de la demande d'asile*.²⁷² Het *récépissé* biedt de asielzoeker na het verlopen van de eerste voor een maand geldige APS, opnieuw een voorlopig verblijfsrecht middels een APS, maar deze is nu geldig voor drie maanden.

De beslissing over het verlenen van een APS en de beslissing over het registreren (*enregistrement*) van de asielaanvraag zijn naar mijn mening geen beslissingen over opvangvoorzieningen van asielzoekers in de zin van de richtlijn. Er wordt immers geen direct besluit genomen over het verlenen van opvangvoorzieningen in de vorm van een ATA, of over het al dan niet bieden van een plaats in een CADA, maar over het mogelijke verblijfsrecht als asielzoeker in Frankrijk. Een weigering van een APS of het niet registreren van de asielaanvraag, heeft echter naar Frans recht wel tot gevolg dat de asielzoeker geen recht heeft op de genoemde opvangvoorzieningen.

²⁶⁹ R741-1 van de CESEDA.

²⁷⁰ L723-1, CESEDA, schrijft dit voor. De commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa bestempelt deze taaleis als discriminatoir (Rapport van M. Alvaro Gil-Roblès, 15 februari 2006).

²⁷¹ CE 9 maart 2005, nr. 274509.

²⁷² Artikel R742-2 van de CESEDA.

Zowel de weigering van de APS door de prefect²⁷³ als de weigering van registratie van de asielaanvraag door de OFPRA²⁷⁴ kan overigens worden aangevochten bij de bestuursrechter, en niet bij de speciale asielrechter.

6.5.3.3 Beroep in spoedprocedure tegen opvangbesluiten

Hiervoor is beschreven dat het Franse bestuursrecht geen schorsende werking verbindt aan het instellen van beroep, maar de CJA in specifiek omschreven situaties de mogelijkheid biedt tot het vragen van een voorlopige voorziening bij de president van de rechtbank, de zogenaamde *référé liberté*, ook genoemd een *référé injonction*.²⁷⁵ Deze situaties worden in artikel L521 CJA beschreven: er is beroep ingesteld en de verzoeker toont het bestaan aan van een dringende situatie en wekt redelijke twijfel over de rechtmatigheid van het besluit, of: een ernstige en evident onrechtmatige schending van een *liberté fondamentale* van een burger²⁷⁶ dreigt, of: er is (nog) geen besluit, maar de voorlopige voorziening is spoedheids-halve noodzakelijk. Tegen de uitspraak van de rechter in een spoedprocedure kan de asielzoeker in appel komen bij de *Conseil d'Etat*.²⁷⁷ Een voorbeeld van een uitspraak van de CE waarin deze oordeelde dat voldaan was aan de voorwaarden dat beroep is ingesteld, de verzoeker het bestaan van een dringende situatie heeft aangetoond en redelijke twijfel over de rechtmatigheid van het besluit heeft gewekt, is een uitspraak van 6 augustus 2009 in een beroepsprocedure naar aanleiding van een situatie waarin de prefect geen opvangvoorzieningen had verzorgd voor een familie.²⁷⁸

Uit deze en andere rechtspraak over opvangvoorzieningen blijkt dat asielzoekers geregeld gebruik maken van de mogelijkheid een voorlopige voorziening door de president van de rechtbank te vragen en ook blijkt dat deze niet zelden wordt toegewezen.²⁷⁹ In dit kader is van belang dat eerder is vastgesteld dat het recht op opvangvoorzieningen een fundamenteel recht is: de *Conseil d'Etat* oordeelt dat dit recht een afgeleide is van het grondwettelijk asielrecht en om deze reden met grondwettelijke waarborgen is omkleed.²⁸⁰ Dit betekent overigens niet dat ook het recht op *huisvesting* een zelfstandig fundamenteel recht is: *Considérant*

273 Zie bijvoorbeeld CE 16 december 2005, Kabengera, nr. 287905, en CE 7 augustus 2007, nr. 301540.

274 CE 9 maart 2005, Moinuddin, nr. 274509.

275 Artikel L. 511-2 CJA.

276 Het recht op opvangvoorzieningen tijdens de asieprocedure is een voorbeeld van een van het recht op asiel afgeleide *liberté fondamentale*. Zie hierover het oordeel van de CE 23 maart 2009, nr. 325884 en CE 17 september 2009, nr. 331950, *AJDA* 2010, nr. 4, m.nt. S. Slama, p. 202-209. In dezelfde zin TA Nice 17 februari 2009, nrs. 0900542 en 0900545.

277 Zie bijvoorbeeld CE 7 augustus 2007, nr. 301540.

278 CE 6 augustus 2009, nrs. 330536 en 330537.

279 Een voorbeeld is CE 17 september 2009, nr. 331950. *AJDA* 2010, nr. 4, m.nt. S. Slama, p. 202-209.

280 CE 16 juni 2008, nrs 300636, 300637; CE 23 maart 2009, nr.. 325884, G.

*que le droit au logement n'est pas au nombre des libertés fondamentales, au sens de l'article L.521-2 du CJA, alors même qu'il constitue un objectif à valeur constitutionnelle.*²⁸¹

Een wet die de huisvesting van vreemdelingen met vast verblijf in Frankrijk regelt en in dit verband ook van belang is, is *La loi du 5 mars 2007 sur le droit au logement opposable* (hierna: Wet DALO). Artikel 4 is ondanks het feit dat de wet van toepassing is op vreemdelingen met vast verblijf in Frankrijk, ook voor asielzoekers van belang omdat deze bepaling voorschrijft:

Toute personne accueillie dans une structure d'hébergement d'urgence doit pouvoir y demeurer, dès lors qu'elle le souhaite, jusqu'à ce qu'une orientation lui soit proposée. Cette orientation est effectuée vers une structure d'hébergement stable ou de soins, ou vers un logement, adaptés à sa situation.

Deze bepaling stelt in tegenstelling tot artikel 1 van die wet dus niet als voorwaarde voor de toepassing van de wet, dat de vreemdeling vast verblijf in Frankrijk heeft. De wet heeft inmiddels tot gevolg gehad dat verschillende voorlopige voorzieningprocedures over het recht op onderdak bij de bestuursrechter zijn gevoerd.²⁸²

De rechtbank Toulouse oordeelt bijvoorbeeld dat *l'absence de toute réponse [du préfet] à la demande d'hébergement des époux A est de nature à porter gravement atteinte aux conditions de vie et, partant, à la dignité des personnes composant la famille concernée*²⁸³ en de Straatsburgse bestuursrechter oordeelt in een soortgelijke procedure dat de eiser geen procesbelang meer heeft als aan deze namens de prefect op de zitting een opvangplaats wordt aangeboden.²⁸⁴

7. CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is onderzocht of de artikelen 16 en 21, eerste lid van de richtlijn zijn omgezet in het Franse recht. Als hiervan sprake was, is bestudeerd op welk niveau in de normenhiërarchie deze omzetting heeft plaats gevonden, welke specifieke bepalingen van nationaal recht ter omzetting dienen en of de omzetting volgens regels van EU-recht heeft plaats gevonden. In dit kader is ook bestudeerd welke asielzoeker tot de doelgroep van artikel 3 van de richtlijn behoort.

In paragraaf 6 is vastgesteld dat de omzetting van de richtlijn in het Franse recht heeft plaatsgevonden door gebruik te maken van bestaande wet- en regelgeving, en door het aannemen van nieuwe wetten. Een voorbeeld van een nieuwe

281 CE, 23 maart 2009, nr. 325884.

282 Zie voor een bespreking van de effectiviteit van dit rechtsmiddel in het licht van artikel 6 EVRM: Robert-Cuendet 2010, p. 1948 t/m 1950.

283 TA Toulouse 26 april 2007, *époux A*, nr. 02701913; TA Toulouse 11 april 2008, nr. 0801610.

284 TA Toulouse, 11 april 2008, nr. 801610.

wet is de *loi relative à l'immigration et à l'intégration*,²⁸⁵ die met andere wetten²⁸⁶ onderdeel uitmaakt van de belangrijkste wet op het gebied van het vreemdelingenrecht, de *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA). De *Code du travail* en de *Code de l'action sociale et des familles* zijn door de *loi n° 2005-32 de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005* gewijzigd, en bevatten de belangrijkste materiële bepalingen over opvangvoorzieningen van asielzoekers.

De voornoemde *Codes* bevatten wet- en regelgeving die een basis bieden voor een systeem van collectieve opvang in opvangcentra als de *Centres d'Accueil pour demandeurs d'asile* (CADA), en individuele opvang in de vorm van een tijdelijke financiële toelage, de *allocation temporaire d'attente* (ATA). De *Conseil d'Etat* oordeelt dat ook tijdelijke huisvesting in een tent onder omstandigheden rechtmatig is.²⁸⁷ Artikel 14, achtste lid, van de Opvangrichtlijn staat toe dat de lidstaat bij wijze van uitzondering andere dan de in artikel 14 van de richtlijn genoemde regels voor materiële opvangvoorzieningen vaststelt voor een zo kort mogelijke redelijke termijn, als de gewoonlijk beschikbare huisvestingscapaciteit tijdelijk is uitgeput.

Als sprake is van nationale wetgeving waarvan kan worden verondersteld dat deze de richtlijn uitvoert, wordt in de parlementaire geschiedenis of elders door de Franse wetgever niet vermeld dat deze voortvloeit uit de in de richtlijn beschreven verplichtingen. De omzetting van de richtlijn is derhalve strijdig met de verplichting van artikel 26, eerste lid, tweede zin, van de richtlijn. Dit onderdeel verplicht de lidstaten in de nationale bepalingen of bij de officiële bekendmaking ervan, naar de richtlijn te verwijzen. Frankrijk heeft niet aan deze plicht voldaan.

De omzetting van artikel 3 van de richtlijn

Het verzoek van de vreemdeling om internationale bescherming als vluchteling te verkrijgen, en het verzoek van de vreemdeling om in aanmerking te komen voor subsidiaire bescherming, zijn naar Frans recht beide een asielverzoek van een asielzoeker in de zin van artikel 3 van de richtlijn. De *Code du travail* biedt het recht op een ATA aan deze asielzoeker vanaf het moment dat hij een ontvangstbewijs (*récépissé*) van de prefectuur heeft gekregen van de asielaanvraag bij de OFPRA die is gericht op het verlenen van de erkenning als vluchteling.

285 Loi 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration (JO du 27 novembre 2003).

286 Loi 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile (JO du 11 décembre 2003) ; la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 dont le titre V contient des 'dispositions relatives à l'asile' (JO du 25 juillet 2006); la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile (JO 21 novembre 2007).

287 CE 22 november 2010, nr. 344373 (*monsieur M*).

De termijn van drie dagen die de prefectuur heeft om de '*récépissé*' af te geven was bedoeld ter omzetting van artikel 6 van de richtlijn. De Europese Commissie heeft in haar evaluatierapport van 2007 geconstateerd dat de bedoelde termijn in de praktijk niet werd gehaald,²⁸⁸ zodat ook het recht op opvangvoorzieningen pas op een later moment werd geboden. De *Conseil d'Etat* oordeelt echter dat het recht op opvangvoorzieningen in de vorm van een ATA vanaf de eerste gang naar de prefectuur dient te worden gewaarborgd, en oordeelt dat het niet bieden van dit recht onder omstandigheden in strijd is met de Franse wet.

De *Conseil d'Etat* heeft tussen 2003 en 2011 ook in andere gevallen geoordeeld dat de wettelijke uitsluiting door Frankrijk van bepaalde asielzoekers onrechtmatig is. De richtlijn, de Franse Grondwet en de Franse wetgeving in formele zin bevatten de rechtsgronden die door de *Conseil d'Etat* afwisselend aan deze onrechtmatigheid ten grondslag werden gelegd.

Zo oordeelt de *Conseil d'Etat* negatief over een besluit tot intrekking van de voorzieningen voordat definitief op de asielaanvraag is beslist. De wet in formele zin verbiedt weliswaar een besluit tot het intrekken van voorzieningen tijdens de asielprocedure niet, maar naar het oordeel van de *Conseil d'Etat* is zo'n besluit direct in strijd met het in de Franse Grondwet beschreven recht op asiel.

Asielzoekers die onder het toepassingsbereik van de Dublinverordening vallen, worden volgens de Franse wet ook uitgesloten van opvangvoorzieningen, maar de *Conseil d'Etat* oordeelt dat deze uitsluiting in strijd is met de richtlijn.

Ook asielzoekers die uit een veilig derde land afkomstig zijn, kregen op grond van de Franse wet lange tijd geen opvangvoorzieningen, maar inmiddels is deze situatie gewijzigd. De betreffende wet, de *Code du travail*, is aangepast nadat de *Conseil d'Etat* had geoordeeld dat deze categorie asielzoekers recht hebben op opvang. Het onthouden van dit recht is naar het oordeel van deze rechter in strijd met de richtlijn.

De omzetting van artikel 16 van de richtlijn

Alle in artikel 16 van de richtlijn genoemde gronden zijn omgezet in het Franse recht door middel van bepalingen die onderdeel uitmaken van wetten op het gebied van het sociale zekerheidsrecht. De omzetting is niet altijd volledig, omdat deze in bepaalde gevallen niet door algemeen verbindende voorschriften heeft plaatsgevonden. Dit gebrek doet zich voor bij de omzetting van artikel 16, eerste lid, onder a, tweede onderdeel, van de richtlijn dat voorschrijft dat de opvangvoorzieningen kunnen worden ingetrokken of beperkt als de asielzoeker niet voldoet aan verzoeken om informatie. Weliswaar wordt deze grond in een circulaire beschreven, maar een wettelijke basis voor deze maatregel ontbreekt.

Dezelfde conclusie geldt ook voor het opleggen van een sanctie in een opvangcentrum van asielzoekers bij 'ernstige inbreuken op de regels met betrekking

288 COM (2007) 745 definitief, 26 november 2007, p. 5.

tot de opvangcentra en op ernstige vormen van geweld'.²⁸⁹ De *Code de l'Action sociale et des familles* (CASF) bepaalt weliswaar dat de opvangcentra voor asielzoekers een reglement²⁹⁰ hanteren met 'essentiële regels van het samenleven', maar de wet zelf bevat de in artikel 16 van de richtlijn beschreven grond voor deze sanctie niet. Het Franse recht dat dient als omzetting van andere dan hiervoor genoemde onderdelen van artikel 16 van de richtlijn, voldoet wél aan de vereisten van de richtlijn.

Naar aanleiding van deze studie valt op dat zeer weinig Franse rechtspraak over beslissingen in de zin van artikel 16 van de richtlijn voor handen is. *Forum Réfugiés* en *France Terre d'asile* noemden als oorzaak van dit gebrek dat zij zelden beslissen om sancties op te leggen of opvangvoorzieningen in te trekken, omdat zo'n beslissing ernstige gevolgen heeft voor de asielzoeker. Dit argument laat zien dat de dubbelrol van beheerder en belangenbehartiger een paradox oplevert: de wens tot handhaving conflicteert met een optimale belangenbehartiging van de asielzoeker, en als oplossing van dit probleem worden de impopulaire maatregelen voorlopig geschuwd.

Een schaars voorbeeld van deze rechtspraak is een uitspraak van de *Conseil d'Etat* waarin deze beslist dat de wettelijke grond voor het intrekken of beperken van de opvangvoorzieningen als de asielzoeker weigert een plaats in een opvangcentrum te accepteren, conform deze bepaling van de richtlijn is vastgesteld.²⁹¹

De Franse bestuursrechter heeft ook beslist dat het Franse recht ook gronden voor intrekking bevat die bij een verkeerde interpretatie van dat recht strijdig zijn met het Franse recht zelf. Zo biedt het Franse recht de mogelijkheid opvangvoorzieningen in de vorm van een persoonlijke toelage (ATA) niet te verlenen aan de asielzoeker die eerder in dezelfde lidstaat een asielverzoek heeft ingediend. De *Conseil d'Etat* oordeelt dat deze grond onder voorwaarden in strijd is met de *Code du travail*: als een tweede of volgende aanvraag nieuwe elementen bevat heeft de asielzoeker toch recht op opvangvoorzieningen.

Ook de asielzoeker die volgens de Franse wet een asielaanvraag te laat indient en volgens deze wet geen recht op opvangvoorzieningen toekomt, heeft naar het oordeel van de *Conseil d'Etat* onder bepaalde omstandigheden toch recht op opvang.

De beslissingen in de zin van artikel 16 van de richtlijn zijn naar Frans recht bestuursrechtelijk van aard omdat deze voldoen aan het *service public* criterium. Dit geldt zowel voor de beslissing van de prefect over opvangvoorzieningen in een CADA als voor de beslissing van de beheerder van dit asielzoekerscentrum over opvangvoorzieningen in dit opvangcentrum. De beheerder is weliswaar vaak een privaatrechtelijke rechtspersoon zoals *Forum Réfugiés* of *France Terre*

289 Artikel 16, derde lid, van de richtlijn.

290 Réglement de fonctionnement.

291 CE 16 juni 2008, nrs. 300636 en 300637.

d'asile, maar een beslissing van deze rechtspersoon over opvangvoorzieningen van asielzoekers valt, gelet op de publieke taak die deze rechtspersoon uitoefent, onder de werking van het bestuursrecht. Ook de beslissing van de *Pôle d'Emploi* over het verlenen van opvangvoorzieningen aan de asielzoeker in de vorm van een persoonlijke toelage (ATA) is een bestuursrechtelijk besluit. Ten slotte is de beslissing van de prefect tot het toekennen of weigeren van voorlopig verblijf²⁹² in Frankrijk gedurende de asielprocedure, geen beslissing over opvangvoorzieningen.

De omzetting van artikel 16 van de richtlijn heeft deels plaatsgevonden door middel van regels van algemeen bestuurs(proces)recht die op de beslissingen over de opvangvoorzieningen van asielzoekers van toepassing zijn. Het Franse recht kent weliswaar geen algemene wet met materiële en processuele normen van bestuursrecht, maar algemene regels van bestuursrecht vormen toch een belangrijk deel van dat recht. Deze regels bestaan voor een belangrijk deel uit de in de rechtspraak gestelde normen, in het bijzonder in de vorm van algemene rechtsbeginselen (*les principes généraux du droit*).²⁹³ Eén van deze beginselen is het legaliteitsbeginsel dat tot gevolg heeft dat de overheid in het Franse bestuursrecht slechts op grond van de wet mag handelen. Voor beslissingen over de opvangvoorzieningen van asielzoekers betekent dit dat zij in overeenstemming moeten zijn met het EU-recht, de Franse Grondwet en de bijzondere nationaalrechtelijke bepalingen over opvangvoorzieningen.

De omzetting van artikel 21, eerste lid van de richtlijn

De rechtsbescherming die ingevolge artikel 21, eerste lid van de richtlijn tegen besluiten over opvangvoorzieningen van asielzoekers dient open te staan, omvat in ieder geval een recht op beroep bij de rechter. De bestuursrechter is naar Frans recht bevoegd behoudens wettelijke tegenindicaties kennis te nemen van geschillen, als het bestuur, los van de formeel-organisatorische gedaante, naar zijn oordeel handelt ter behartiging van het algemeen belang. De materiële betekenis van het *service public* criterium is dus doorslaggevend voor de competentie van de bestuursrechter.²⁹⁴ Op grond van dit criterium zijn de beslissing van de prefect om een asielzoeker geen opvangvoorzieningen in een opvangcentrum (CADA) aan te bieden, en de impliciete weigering van de prefect deze voorzieningen te verlenen vatbaar voor beroep bij de bestuursrechter.²⁹⁵ De bestuursrechter is zowel in beroep in een bodemprocedure als in een voorlopige voorzieningprocedure bevoegd te oordelen over beslissingen van het overheidsbestuur of van privaatrechtelijke rechtspersonen. De belangrijkste bepalingen over de organisatie van en de procedures bij de administratieve rechters zijn te vinden in de *Code*

²⁹² Autorisation provisoire de séjour.

²⁹³ Konijnenbelt 2010, p. 905.

²⁹⁴ Schlössels 2003, p. 19.

²⁹⁵ TA Nice 17 februari 2009, nrs. 0900542 et 0900545.

de Justice administrative. Belangrijke algemene regels van Frans bestuursprocesrecht zijn te vinden in de rechtspraak van de *Conseil d'Etat*. Belangenorganisaties van asielzoekers in Frankrijk hebben niet zelden procedures geëntameerd die tot belangrijke uitspraken van de *Conseil d'Etat* hebben geleid over de rechtmatigheid van bepalingen over de opvangvoorzieningen van asielzoekers.

Als een bestuursrechtelijk besluit wordt genomen met het doel de opvangvoorzieningen definitief in te trekken, maar de asielzoeker verlaat niet uit eigen beweging het centrum, dan moet niet bij de bestuursrechter maar bij de gewone rechter²⁹⁶ om een geldige titel voor ontruiming worden verzocht voordat een rechtsgeldige ontruiming kan plaatsvinden.

²⁹⁶ De *juge judiciaire*.

EU-recht

Het in hoofdstuk 2 beschreven Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie vormt de rechtsbasis voor de Richtlijn 2003/9/EG van de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten. Het Verdrag vormt samen met het Verdrag betreffende de Europese Unie de constitutionele basis van de Europese rechtsorde. Het laatstgenoemd verdrag kent belangrijke algemene beginselen van EU-recht die de omzetting van de Opvangrichtlijn normeren en grenzen stellen aan het gebruik van de ruimte die de richtlijn biedt. Het in artikel 18 van het EU-Handvest van de grondrechten neergelegde recht op asiel zal een steeds grotere rol gaan spelen bij de uitleg van de Opvangrichtlijn. In Frankrijk oordeelt de *Conseil d'Etat* dat het recht op opvangvoorzieningen een afgeleide is van het grondwettelijk recht op asiel en wordt het om deze reden met grondwettelijke waarborgen omkleed.

Niet alleen het primaire EU-recht normeert de omzetting van de Opvangrichtlijn, maar ook instrumenten van secundaire Europese asielwetgeving hebben deze werking. Deze instrumenten stellen grenzen aan de vrijheid die de richtlijn aan de lidstaten biedt doordat de gebruikte terminologie in de verschillende Europese asielwetgeving steeds vaker op elkaar wordt afgestemd. Zo wordt in het recente voorstel van 2011 voor een nieuwe Opvangrichtlijn meermaals naar de Definitierichtlijn verwezen, bijvoorbeeld bij de omschrijving van het begrip asielverzoek. In het voorstel zijn ook verwijzingen te vinden naar de Procedurerichtlijn. Een letterlijke verwijzing naar andere Europese asielinstrumenten is niet nodig om te onderbouwen dat onderlinge afstemming noodzaak is om het streven naar een gemeenschappelijk Europees asielstelsel te bevorderen. Een interpretatie in het licht van de overige asielinstrumenten moet immers een automatisme zijn. Beide EU-richtlijnen delen dezelfde rechtsbasis in het Verdrag ter Werking van de EU, zijn onderdeel van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel en streven dezelfde doelstellingen na zoals het beperken van secundaire stromen van asielzoekers tussen de lidstaten. Het belang van de Procedurerichtlijn voor de invulling van niet nader gedefinieerde bepalingen van de Opvangrichtlijn is ook onlangs nog benadrukt door het Britse *Supreme Court*. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State verzet zich tegen de genoemde trend en oordeelt dat het EU-recht de lidstaat bij de invulling van niet gedefinieerde termen in de Opvangrichtlijn vrijheid laat om het nationale recht te laten prevale-

ren boven andere EU-rechtelijke instrumenten van asielrecht, zoals de Procedure-richtlijn.¹

Een keuze voor uniformiteit met andere Europese asielwetgeving heeft juridische en praktische gevolgen. Een concreet voorbeeld doet zich voor bij de duiding van de term 'definitief besluit' uit de Opvangrichtlijn. De asielzoeker heeft volgens de Opvangrichtlijn onder voorwaarden het recht op opvangvoorzieningen totdat een definitief besluit is genomen op zijn asielverzoek. De Opvangrichtlijn zelf definieert het begrip 'definitief besluit' echter niet, ondanks het feit dat de invulling van deze term van groot belang is om de duur van het recht op opvangvoorzieningen vast te stellen. De Procedurerichtlijn biedt meer duidelijkheid. Volgens deze richtlijn mag een 'definitieve beslissing' in de lidstaat worden afgewacht totdat in laatste rechterlijke instantie op de asielaanvraag is beslist. Dit betekent dat het recht op opvangvoorzieningen moet worden geboden totdat de rechter heeft beslist op de asielaanvraag.

De omzetting van de richtlijn in Nederland en Frankrijk

De enige als zodanig bekend gemaakte omzetting van de opvangvoorzieningen van de richtlijn in het Nederlands recht is een wet in materiële zin, de Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005 (Rva 2005). Deze regeling is in 2005 opgesteld door de minister voor Vreemdelingen-zaken en Asiel die op het ministerie van Justitie werkzaam was. Deze ministeriële regeling verwijst in de toelichting meermaals naar de richtlijn en beschrijft de voorwaarden voor het materiële recht op opvangvoorzieningen van asielzoekers. Hiermee is voldaan aan de in artikel 26, eerste lid, tweede zin, van de richtlijn beschreven verplichting voor de lidstaten in de nationale bepalingen zelf of bij de officiële bekendmaking ervan, naar de richtlijn te verwijzen. Daarnaast heeft het Centraal Orgaan opvang asielzoekers (COA) het Reglement Onthoudingen Voorzieningen opgesteld. Dit reglement is echter niet gepubliceerd en geldt niet als officiële omzetting van de richtlijn.

De omzetting van de richtlijn in het Franse recht is wel in strijd met artikel 26, eerste lid, tweede zin, van de richtlijn geschied. Als sprake is van Franse wetgeving waarvan kan worden verondersteld dat deze in feite dient ter uitvoering van de richtlijn, wordt in de parlementaire geschiedenis of elders door de Franse wetgever niet expliciet gemeld dat deze voortvloeit uit de in de richtlijn beschreven verplichtingen.

De Opvangrichtlijn is wel in bestaande Franse wet- en regelgeving omgezet, en ook zijn met het oog op de omzetting nieuwe wetten aangenomen. Het gaat veelal om wetten in formele zin die in Frankrijk volgens de grondwettelijke geregelde procedure door het parlement zijn vastgesteld. Eén van de in het parlement

1 Zie paragraaf 5.2.5 over deze rechtspraak van het Britse Supreme Court en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

aangenomen wetten die dient ter omzetting van de richtlijn is *La loi relative à l'immigration et à l'intégration*.² Deze wet is met andere wetten³ onderdeel van de *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA), die geldt als de belangrijkste bron van asielwetgeving.

De belangrijkste materiële bronnen van wetgeving over opvangvoorzieningen van asielzoekers zijn de *Code du travail* en de *Code de l'action sociale et des familles*, die door *la loi n° 2005-32 de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005* juist voor het verstrijken van de implementatietermijn is gewijzigd. Het tot regelgeving bevoegde gezag, le pouvoir réglementaire, heeft de wettelijke bepalingen vervolgens in lagere regelgeving door middel van besluiten (*décrets* of *arrêtés*) uitgewerkt. Deze wet- en regelgeving biedt een basis voor een gemengd systeem van collectieve opvang in opvangcentra en individuele opvang door middel van een tijdelijke financiële toelage.

De *Code du travail* regelt het recht op een uitkering voor personen zonder inkomen waartoe ook de asielzoeker wordt gerekend die niet in een opvangcentrum woont, omdat hij bijvoorbeeld heeft aangegeven bij familieleden of bij vrienden te willen wonen. Deze asielzoeker krijgt op grond van de *Code du travail* onder voorwaarden het recht op een persoonlijke toelage in de vorm van een *Allocation temporaire d'attente* (ATA). De opvang van asielzoekers in de *Centres d'Accueil pour demandeurs d'asile* (CADA) wordt genormeerd door de *Code de l'Action sociale et des familles* die een uitgebreide beschrijving biedt van het recht op sociale voorzieningen met als doel de bestrijding van de armoede en de bevordering van de sociale cohesie in Frankrijk. Het belang van het recht op opvangvoorzieningen voor asielzoekers in Frankrijk wordt bovendien onderstreept door het oordeel van de *Conseil d'Etat* dat het recht op opvangvoorzieningen een afgeleide is van het grondwettelijk geregelde recht op asiel.

Naast het verschil in niveau van omzetting in de nationale normenhiërarchie is een belangrijk verschil met het Nederlandse recht op opvang dat '*Le ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire*' (en sinds november 2010 '*Le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*') zijn verantwoordelijkheid voor de opvangvoorzieningen van asielzoekers deelt met de bevoegde gezagsdragers op het gebied van de sociale zekerheid, zoals de Minister van Werkgelegenheid, Sociale Cohesie en Volkshuisvesting. Dit betekent bijvoorbeeld dat de wetsontwerpen over de opvangvoorzieningen van asielzoekers voortkomen uit de visies van de beleidsmakers van deze verschillende ministeries, welke visies op elkaar zijn afgestemd. In

2 Loi 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration (JO du 27 novembre 2003).

3 Loi 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile (JO du 11 décembre 2003); la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 dont le titre V contient des 'dispositions relatives à l'asile' (JO du 25 juillet 2006); la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile (JO 21 novembre 2007).

Nederland heeft de Minister van Justitie die in 2005 op grond van de Wet COA als enige bevoegd was regels te stellen over verstrekkingen aan asielzoekers, weinig 'last' gehad van de druk van het bereiken van consensus met ambtgenoten over het wijzigen van de Rva 2005. Deze vaststelling is des te meer van belang omdat de kern van de publiekrechtelijke bevoegdheid van deze minister werd gevormd door het maken en uitvoeren van regelgeving over de toelating, het verblijfsrecht en de uitzetting van asielzoekers. Het recht op opvangvoorzieningen is in dit kader (ook) als instrument gebruikt om die andere bevoegdheden efficiënter te kunnen uitoefenen. Zo kunnen de opvangvoorzieningen van een uitgeprocedeerde asielzoeker in Nederland volgens de Rva 2005 worden ingetrokken als hij niet deelneemt aan een gesprek over terugkeer naar het land van herkomst.

Naar huidig recht is de hiervoor beschreven situatie niet gewijzigd, maar de minister voor Migratie en Asiel die nu werkzaam is op het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, is nu het bestuursorgaan dat regelgevende bevoegdheid heeft op het beleidsterrein asiel.

De omzetting van artikel 3 van de richtlijn in Nederland en Frankrijk

De omzetting van artikel 3 van de richtlijn in Nederland vertoonde vóór 1 juli 2010 serieuze gebreken. Deze werden onder meer veroorzaakt doordat de Rva 2005 het recht op opvangvoorzieningen slechts bood aan de asielzoeker die een asielaanvraag naar nationaal recht had ingediend, die niet in het AC was afgewezen. Dit uitgangspunt had tot gevolg dat bepaalde categorieën asielzoekers die behoorden tot de in artikel 3 van de richtlijn genoemde doelgroep van de richtlijn, geen aanspraak konden maken op deze opvangvoorzieningen. Dit gold voor de asielzoeker die in een Tijdelijke Noodvoorziening verbleef en niet zo snel als mogelijk de gelegenheid kreeg een asielaanvraag op grond van de Vreemdelingenwet 2000 in te dienen. Maar ook de asielzoeker die in afwachting was van de behandeling van zijn asielaanvraag in het aanmeldcentrum, en mogelijk ook de asielzoeker die in afwachting was van een beslissing op een verzoek om een voorlopige voorziening na de afwijzing van het asielverzoek in het AC, behoorden tot de doelgroep van artikel 3 van de richtlijn. Hoewel deze groepen asielzoekers feitelijk wel opvang kregen, ontbraken juridische normen voor de opvang in deze fase van de procedure. Dit gebrek aan nationale regelgeving was in strijd met het EU-recht dat de omzetting van de richtlijn in algemeen verbindende voorschriften vereist.

De Nederlandse regering was van mening dat het niet omzetten van de richtlijn in kenbare nationale regels ten aanzien van asielzoekers in een TNV en in een AC, niet in strijd was met de richtlijn. Een argument van de regering was dat deze asielzoekers nog geen formele asielaanvraag naar nationaal recht hadden ingediend en daarom niet onder het toepassingsbereik van artikel 3, eerste lid van de richtlijn vielen. De regering stelde zich dus op het standpunt dat het recht op opvangvoorzieningen pas ontstond vanaf het moment dat een formele asiel-

aanvraag was ingediend en ook aan de overige voorwaarden van artikel 3, eerste lid werd voldaan.

Deze redenering werd onderbouwd met een verwijzing naar het beginsel van procedurele autonomie dat tot gevolg zou hebben dat de lidstaat zelf – met inachtneming van het EU-recht dat normen biedt voor de asielprocedure – kan bepalen waar, wanneer en op welke wijze de asielzoeker een asielaanvraag indient. Deze zienswijze hield echter geen rekening met het doeltreffendheidsvereiste als voorwaarde voor de toepassing van dat beginsel. Zo mogen de nationale procedurele regels op grond van dit vereiste de uitoefening van de door het EU-recht verleende rechten of aanspraken niet uiterst moeilijk of nagenoeg onmogelijk maken. Bij de vaststelling of hiervan sprake is, moet een afweging worden gemaakt tussen het belang van de nationale bepaling en de doeltreffendheid van het EU-recht: de zogenaamde procedurele *rule of reason*-test.

Door het recht op opvangvoorzieningen te verbinden aan het indienen van de formele asielaanvraag en de gelegenheid daartoe niet snel genoeg te bieden, werd de uitoefening van de door de richtlijn verleende rechten voor de asielzoekers in een TNV en in een AC onmogelijk, en werd de richtlijn geschonden. De minister had deze schending ongedaan moeten maken door de opvangvoorzieningen voor een asielzoeker in een TNV en een AC in kenbare regelgeving te beschrijven, uiteraard onder de voorwaarde dat deze voorzieningen zouden voldoen aan de normen van de richtlijn. Dit is echter niet gebeurd.

De wijziging van de Vw 2000 en de Rva 2005 *per 1 juli 2010* heeft hierin verandering gebracht. De wijziging van de Vw 2000 beoogde een versnelling van de asielprocedure die naar de verwachting van de minister een verschuiving zou veroorzaken van zaken die worden afgedaan in de zogenaamde (gewone) verlengde asielprocedure naar de (versnelde) algemene procedure die maximaal twee weken duurt.⁴ In samenhang met de geïntroduceerde rust- en voorbereidingstijd van minimaal 6 dagen, zou dit betekenen dat een groter aantal asielzoekers dan voorheen meerdere weken in een Tijdelijke Noodvoorziening (TNV) of een Aanmeldcentrum (AC) zal verblijven.

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de wijziging van de Vw 2000 bleek dat de regering van mening was dat de vereisten van de richtlijn tot uiting moesten komen in een gewijzigde Rva 2005 die aan de nieuwe asielprocedure werd aangepast. Deze regeling is nu van toepassing gedurende de rust- en voorbereidingstijd, de verlengde asielprocedure en de algemene asielprocedure in alle opvanglocaties van het COA. Dit betekent dat ook een asielzoeker die nu in een TNV en een AC verblijft, anders dan voorheen recht heeft op opvangvoorzieningen in de zin van de Rva 2005. De conclusie is dat de wijziging van de Rva 2005 voor asielzoekers die in een TNV en AC verblijven, heeft gezorgd voor een opheffing van de strijdigheid van het nationale recht met artikel 3 van de richtlijn. Het gedurende langere tijd bieden van beperkte Rva-voorzieningen in de TNV en AC

4 EK 2009-2010, 31 994 C, Memorie van antwoord.

leidt echter tot strijd met artikel 13, tweede lid, van de richtlijn. Het onderdeel bepaalt dat de materiële opvangvoorzieningen moeten voldoen aan de maatstaf dat de gezondheid van de asielzoeker is verzekerd en bestaansmiddelen zijn gewaarborgd.

Een aantal gebreken in de omzetting van artikel 3 van de richtlijn bleef ook onder de herziene Rva 2005 bestaan. Zo heeft de asielzoeker die na de afwijzing van zijn asielverzoek in de algemene asielprocedure in een AC, na afloop van de vier weken vertrektermijn, in afwachting is van een beslissing op een verzoek om een voorlopige voorziening, nog altijd geen recht op opvangvoorzieningen. Deze asielzoeker is volgens de minister geen asielzoeker in de zin van de richtlijn en heeft ook naar huidig recht geen recht op opvang. Hetzelfde geldt voor de asielzoeker in Nederland met een tweede of volgende asielaanvraag. Op grond van de Rva 2005 heeft hij geen recht op opvangvoorzieningen tijdens de rust- en voorbereidingstijd. Alleen als beoordeeld is dat mogelijk nieuwe feiten en omstandigheden ten grondslag liggen aan die asielaanvraag, wordt opvang geboden. Ook deze situatie is in strijd met artikel 3 van de richtlijn. Zolang niet vast staat dat een tweede of volgende asielaanvraag geen nova bevat, dient ervan te worden uitgegaan dat de asielzoeker onder het toepassingsbereik van artikel 3 van de richtlijn valt. Artikel 16, eerste lid, onder a, derde onderdeel, van de richtlijn biedt de lidstaat echter wel de mogelijkheid de opvangvoorzieningen van een asielzoeker met een volgend asielverzoek in dezelfde lidstaat, te beperken of in te trekken.

In *Frankrijk* heeft de hoogste bestuursrechter, de *Conseil d'Etat*, tussen 2003 en 2011 in een reeks arresten geoordeeld dat de uitsluiting van enkele groepen asielzoekers van opvangvoorzieningen onrechtmatig was. De richtlijn, de Franse Grondwet en de Franse wetgeving in formele zin bevatten de rechtsgronden die door de *Conseil d'Etat* afwisselend aan deze onrechtmatigheid ten grondslag werden gelegd. Deze rechtspraak heeft ertoe geleid dat asielzoekers die volgens de Franse wet geen recht op opvangvoorzieningen hebben, dit recht toch wordt toegekend.

Zo schrijft de Franse wet voor dat de opvangvoorzieningen starten vanaf het moment van de formele asielaanvraag, maar volgens de *Conseil d'Etat* dienen de opvangvoorzieningen onder omstandigheden eerder te worden geboden dan door de Franse wet is bepaald.

Ook asielzoekers die onder het toepassingsbereik van de Dublinverordening vallen, worden door de Franse wet uitgesloten van opvangvoorzieningen. De *Conseil d'Etat* oordeelt dat deze situatie in strijd is met artikel 3 van de richtlijn.

Asielzoekers die uit een veilige derde land afkomstig zijn en asielzoekers die zich voor de allereerste keer melden bij de prefectuur voor een asielverzoek en nog geen bewijs hebben van het formeel indienen van de asielaanvraag, kwamen volgens Franse wet- en regelgeving niet in aanmerking voor opvang. Ook hier heeft de *Conseil d'Etat* geoordeeld dat dit recht de genoemde groepen asielzoekers toekomt.

Ten slotte verzet het grondwettelijk recht op asiel zich naar het oordeel van de *Conseil d'Etat* tegen het intrekken van de opvangvoorzieningen van asielzoekers voordat definitief op de asielaanvraag is beslist.

De rechtspraak van de *Conseil d'Etat* heeft dus, in tegenstelling tot de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, geleid tot wijziging in het recht op opvangvoorzieningen aan asielzoekers. Een verklaring voor dit verschil kan worden gevonden in de verschillende wetgeving over het recht op opvangvoorzieningen. Zo kregen asielzoekers die mogelijk vielen onder het toepassingsbereik van de Dublinverordening naar Nederlands recht van 1998 tot 2002 geen opvangvoorzieningen 'vanwege een groot gebrek aan opvangcapaciteit in verband met de grote instroom van asielzoekers'.⁵ De vele procedures die door belangenbehartigers en asielzoekers bij de civiele en de bestuursrechter tegen het niet verlenen van opvangvoorzieningen werden gevoerd,⁶ hebben in tegenstelling tot in Frankrijk niet direct geleid tot wijziging van dat recht. Op 16 november 2002 werd de Rva 1997 echter toch gewijzigd⁷ als gevolg waarvan deze groep asielzoekers weer aanspraak kon maken op opvangvoorzieningen. De minister merkt in de toelichting als reden voor deze wijziging op dat de ontwerp-richtlijn niet voorzag in de mogelijkheid om aan Dublinclaimanten opvang te onthouden. De Nederlandse minister lijkt zich in tegenstelling tot zijn Franse ambtgenoten eerder te hebben gerealiseerd dat de Opvangrichtlijn noopte tot wijziging van het nationale recht. De *Conseil d'Etat* heeft uiteindelijk geoordeeld dat de Franse wet die deze 'Dublinclaimanten' geen opvang bood, in strijd was met de richtlijn. In een andere uitspraak heeft de *Conseil d'Etat* ten aanzien van asielzoekers met een tweede of volgende asielaanvraag beslist dat niet de richtlijn, maar de Franse wet in formele zin zich onder voorwaarden verzet tegen de uitsluiting van opvangvoorzieningen (zie hieronder).

De omzetting van artikel 16 van de richtlijn in Nederland en Frankrijk

Eén van de algemene beginselen van EU-recht die met nadruk in artikel 16, vierde lid, van de richtlijn van toepassing wordt verklaard, is het evenredigheidsbeginsel. De toepassing van de vereisten van het evenredigheidsbeginsel op een besluit in de zin van artikel 16 van de richtlijn houdt ten eerste in dat het besluit een effectief middel dient te zijn om de doelstelling te realiseren die met het besluit wordt nagestreefd (geschiktheidsvereiste). Volgens het voorstel van de Commissie voor de richtlijn is deze doelstelling 'het misbruik van het opvangstelsel tegengaan'. Bovendien moet het besluit gelet op het vereiste van noodzake-

5 Bij wijziging Rva 1997, *Stcrt.* 1998, nr. 194, pagina 7.

6 REK 6 september 2000 RV 2000, 86.

7 Bij Wijziging Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 1997, *Stcrt.* 2002, 223. Zie De Poorte 2001.

lijkheid en subsidiariteit voor het bereiken van deze doelstelling noodzakelijk zijn. Als een minder belastende maatregel mogelijk is of het besluit niet echt nodig is om de nagestreefde doelstelling te verwerkelijken, is dit besluit onevenredig belastend. Als het besluit inderdaad een geschikt en noodzakelijk middel is om de doelstelling te realiseren, is de beslissing desalniettemin in strijd met het evenredigheidsbeginsel als geen redelijke afweging is gemaakt tussen de doelstelling van het besluit en het belang dat door het besluit wordt aangetast (vereiste van evenredigheid in strikte zin). Het evenredigheidsbeginsel begrenst aan de hand van deze vereisten de in artikel 16, eerste lid, van de richtlijn aan de lidstaten geboden beslissingsvrijheid om de opvangvoorzieningen te beperken dan wel volledig in te trekken. Als door de beperking van de opvangvoorzieningen en door een volledige intrekking van deze voorzieningen hetzelfde doel kan worden bereikt, verdient de eerste maatregel gelet op het evenredigheidsbeginsel de voorkeur. Het beginsel heeft zo een harmoniserende werking doordat het de lidstaten beperkt in de keuze voor de verschillende in het onderdeel beschreven maatregelen. De door de Commissie in dit kader voorgestelde wijziging van de richtlijn waarin de mogelijkheid van gehele *intrekking* van de opvangvoorzieningen wordt geschrapt, biedt dan ook weinig toegevoegde waarde.

In dezelfde zin speelt het beginsel een rol bij het opleggen van sancties op grond van artikel 16, derde lid, ingeval de asielzoeker ernstig inbreuk maakt op de regels met betrekking tot de opvangcentra of als een ernstige vorm van geweld is gepleegd. Wordt een sanctie opgelegd terwijl een minder belastende sanctie mogelijk is, of is de sanctie niet echt nodig om de nagestreefde doelstelling te verwerkelijken, dan is de beslissing in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

Een antwoord op de vraag of een beslissing in de zin van artikel 16 van de richtlijn voldoet aan het evenredigheidsbeginsel is ook van belang omdat deze beslissing mogelijk een bestraffend karakter heeft als deze in strijd met het evenredigheidsbeginsel is genomen. Artikel 49, derde lid van het rechtens bindende Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie schrijft in dit verband voor dat de zwaarte van de straf niet onevenredig mag zijn in verhouding tot het strafbare feit.

Een ander algemeen beginsel van EU-recht dat in artikel 16, vierde lid van de richtlijn tot uiting komt en voor deze opvangbesluiten dus speciale betekenis heeft, is het motiveringsbeginsel. Besluiten in de zin van dit artikel van de richtlijn moeten met voldoende redenen worden omkleed. De toepassing van dit in artikel 296 van het VWEU beschreven beginsel in de rechtspraak van het Hof van Justitie, heeft geleid tot een aantal specifieke eisen aan de motivering van besluiten. Zo dient de motivering de grondslag voor het besluit te bevatten en meldt de motivering de overwegingen die tot het nemen van de maatregel hebben geleid. Uit de motivering van een besluit in de zin van artikel 16 dient dus ook te blijken welke bepalingen van nationaal recht de rechtsbasis vormen voor het besluit en welke overwegingen ertoe hebben geleid dat bijvoorbeeld juist voor de intrekking van de opvangvoorzieningen is gekozen, en niet voor de beperking van de

voorzieningen. Bovendien is de motiveringsplicht zwaarder als de bescherming van een fundamenteel recht in het geding is, zoals het recht op leven waaraan het recht op onderdak nauw verwant is.⁸ Artikel 41, tweede lid, van het Handvest noemt de motiveringsplicht als aspect van het beginsel van behoorlijk bestuur, en verplicht de betrokken instanties om hun beslissingen met redenen te omkleden.

Nederland heeft ervoor gekozen om artikel 16, tweede lid, van de richtlijn, dat de mogelijkheid biedt de voorzieningen te weigeren wanneer de asielzoeker niet kan bewijzen dat het asielverzoek zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk na de aankomst in de lidstaat werd ingediend, niet in het nationale recht om te zetten. De overige gronden van artikel 16 van de richtlijn zijn wel omgezet in Nederlands recht. Eén van deze gronden is neergelegd in artikel 16, eerste lid, onder a, derde onderdeel, van de richtlijn dat de lidstaat de mogelijkheid biedt geen opvangvoorzieningen te verlenen aan een asielzoeker die reeds een asielverzoek heeft ingediend in dezelfde lidstaat. De Rva 1997 en de Rva 2005 boden de asielzoeker tussen 1998 en 2006 geen recht op opvangvoorzieningen aan deze asielzoeker. Sinds 2006 is de Rva 2005 op dit punt echter gewijzigd en heeft deze asielzoeker recht op opvangvoorzieningen als in het AC blijkt dat deze asielaanvraag is gebaseerd op nieuwe feiten en omstandigheden als bedoeld in artikel 4:6 van de Awb. Met de wijziging van de Rva 2005 in 2010 is echter bepaald dat deze regel niet geldt tijdens de rust- en voorbereidingstermijn: in die periode krijgt deze asielzoeker geen opvangvoorzieningen. Dit recht is in strijd met artikel 3 van de richtlijn (zie hierboven).

Het Nederlandse recht kent ook gronden voor het intrekken of het beperken van opvangvoorzieningen, die niet in artikel 16 van de richtlijn worden genoemd, en zijn daarom in strijd met artikel 16 van de richtlijn opgesteld. Zo bevat artikel 16, eerste lid, onder a, eerste en tweede onderdeel, van de richtlijn niet de in de Rva 2005 geboden mogelijkheid tot het onthouden van opvangvoorzieningen bij het weigeren van overplaatsing, maar sanctioneert dat onderdeel alleen het niet voldoen aan de meldplicht of het zonder toestemming verlaten van de verblijfplaats. Bovendien kan overplaatsing volgens de richtlijn alleen plaatsvinden als dit noodzakelijk is, maar deze eis van noodzakelijkheid voor overplaatsing is niet in de Rva 2005 beschreven.

Ook wordt in de toelichting bij de Rva 2005 ten onrechte vermeld dat artikelen 10 en 19 van de Rva 2005 zouden dienen als omzetting van de in artikel 16, derde lid van de richtlijn opgenomen mogelijkheid tot het opleggen van sancties als de asielzoeker 'ernstige inbreuken' maakt op de regels met betrekking tot de

8 Zie voor een bespreking van het recht op onderdak voor illegaal verblijvende minderjarigen met toepassing van het Europees Sociaal Handvest: Europees Comité voor Sociale Rechten, 47/2008, 20 oktober 2009, par. 47, JV 2010/150, m.nt. P.E. Minderhoud en F.F. Larsson. In deze noot wordt ingegaan op de betekenis van deze uitspraak voor het onthouden van opvangvoorzieningen aan asielzoekers.

opvangcentra, als bedoeld in dit onderdeel van de richtlijn. Een aantal van de in de Rva 2005 genoemde gronden zijn echter niet onder deze noemer te vatten, zoals de grond die het COA de mogelijkheid biedt de opvangvoorzieningen van de asielzoeker geheel of gedeeltelijk in te houden als hij niet voldoet aan zijn plicht schoonmaakwerkzaamheden te verrichten in en rond de woonruimte. Ook de mogelijkheid voor het COA deze sanctie op te leggen als de asielzoeker weigert deel te nemen aan programma's gericht op het voorlichten, stimuleren en bewustmaken van terugkeer⁹ kan moeilijk worden gezien als 'ernstige inbreuk' in voornoemde zin. Een dergelijke grond kan zijn basis ook niet vinden in het Reglement Onthoudingen Verstrekkingen (ROV) als uitwerking van de in de Rva 2005 omdat dit reglement geen algemeen verbindende voorschriften bevat.

Ten slotte heeft artikel 16, vierde lid tot gevolg dat de lidstaat erop toeziet dat asielzoekers te allen tijde toegang hebben tot medische noodhulp. Ingevolge artikel 10 van de Rva 2005 kan echter ook de dekking van de kosten van medische verstrekkingen worden ingetrokken. Een garantie op medische noodhulp bestaat niet op grond van artikel 10, tweede lid, van de Vreemdelingenwet. Deze situatie is in strijd met artikel 16, vierde lid van de richtlijn.

In *Frankrijk* zijn alle in artikel 16 van de richtlijn genoemde gronden voor het nemen van de hiervoor genoemde bestuursrechtelijke beslissingen over opvangvoorzieningen omgezet in het Franse (sociale zekerheids)recht. De omzetting is echter gebrekkig, deels doordat deze omzetting in bepaalde gevallen niet in de vorm van algemeen verbindende voorschriften heeft plaatsgevonden. Zo is de grond tot intrekking of beperking van opvangvoorzieningen als de asielzoeker niet voldoet aan verzoeken om informatie (artikel 16, eerste lid, onder a, tweede onderdeel, van de richtlijn) slechts in een circulaire omschreven, zodat een wettelijke basis voor deze maatregel ontbreekt. Dezelfde conclusie geldt ook voor het opleggen van een sanctie in een opvangcentrum van asielzoekers bij 'ernstige inbreuken op de regels met betrekking tot de opvangcentra en op ernstige vormen van geweld'.¹⁰ De *Code de l'Action sociale et des familles* (CASF) bepaalt weliswaar dat de opvangcentra voor asielzoekers een reglement¹¹ hanteren met 'essentiële regels van het samenleven', maar de wet zelf bevat de in artikel 16, derde lid, van de richtlijn beschreven grond voor deze sanctie niet. Zowel in Nederland als in Frankrijk is dus een aantal gronden voor het opleggen van sancties niet in algemeen verbindende voorschriften beschreven, maar in reglementen die het karakter van een beleidsregel hebben. De omzetting van dit onderdeel van de richtlijn in het nationale recht van Nederland en Frankrijk vertoont om deze reden gebreken.

9 Artikel 10, aanhef en onder e, van de Rva 2005.

10 Artikel 16, derde lid, van de richtlijn.

11 Réglement de fonctionnement.

Dit onderzoek naar de omzetting van dit onderdeel van de richtlijn heeft verder aan het licht gebracht dat geen Franse rechtspraak over procedures tot het opleggen van sancties of het intrekken van opvangvoorzieningen voor handen was. Beheerders van de opvangcentra *Forum Réfugiés* en *France Terre d'asile* noemden als oorzaak dat zij zelden beslissen om sancties op te leggen, of om opvangvoorzieningen in te trekken. De opvallende reden die de beheerders *off the record* noemen, is dat een dergelijke beslissing ernstige persoonlijke gevolgen heeft voor de asielzoeker. Dit argument laat zien dat de dubbelrol van beheerder van een door overheidsgeld betaald opvangcentrum en van belangenbehartiger die deze organisaties hebben, een paradox oplevert. De wens tot handhaving van de rechtsregels conflicteert met een optimale belangenbehartiging van de asielzoeker. Als oplossing van dit probleem worden impopulaire maatregelen geschuwd. Het Nederlandse bestuursrecht kent in tegenstelling tot het Franse bestuursrecht wel veel sanctiebesluiten (in totaal 3721 in het jaar 2003, recente cijfers werden door het COA niet verstrekt) en ook bestaat rechtspraak over deze besluiten tot het opleggen van sancties aan asielzoekers in een asielzoekerscentrum. Dit verschil kan worden verklaard door het onderscheid in karakter van de instanties die de sanctie in Nederland en Frankrijk aan de asielzoeker opleggen. De bevoegdheid tot het nemen van sancties in Nederland is aan het COA toebedeeld. Het COA heeft als uitvoerder van de regelgeving van het ministerie van Justitie in de hoedanigheid van zelfstandig bestuursorgaan, een minder hechte band met de asielzoeker dan de particuliere organisaties die in Frankrijk met de opvang zijn belast.

Andere delen van van het Franse recht die dienen ter omzetting van de richtlijn voldoen (althans volgens de Franse rechter) weer wél aan de vereisten van de richtlijn. Zo heeft de *Conseil d'Etat* beslist dat de wettelijke grond voor het intrekken of beperken van de opvangvoorzieningen als de asielzoeker weigert een plaats in een opvangcentrum te accepteren (artikel 16, eerste lid, onder a, tweede onderdeel, van de richtlijn) overeenkomstig deze bepaling van de richtlijn is vastgesteld.¹²

De Franse rechter heeft het recht op opvangvoorzieningen in bepaalde gevallen uitgebreid. Zo heeft de asielzoeker die volgens de Franse wet een asielaanvraag te laat indient en volgens de Franse wet geen recht op opvangvoorzieningen toekomt, naar het oordeel van de *Conseil d'Etat* onder bepaalde omstandigheden toch recht op opvang. Deze weigeringsgrond is echter mogelijk reeds in strijd met artikel 3 van het EVRM. De Commissie heeft in zijn voorstel voor een nieuwe richtlijn uit 2011 de mogelijkheid voor de lidstaten om de asielzoeker die niet kan bewijzen dat het asielverzoek zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk na de aankomst in de lidstaat werd ingediend, uit te sluiten van het recht op opvangvoorzieningen (artikel 16, tweede lid, van de richtlijn) geschrapt.

12 CE 16 juni 2008, nrs. 300636 en 300637.

Het schrappen van deze mogelijkheid zal een einde maken aan het verschil in deze opvangvoorziening tussen het Nederlandse en het Franse recht.

De *Conseil d'Etat* heeft Franse regelgeving over het intrekken van opvangvoorzieningen niet alleen vanwege strijdigheid met de richtlijn vernietigd, maar ook onverenigbaarheid met de Franse grondwet en met de Franse wet heeft tot vernietiging geleid. Zo oordeelde de *Conseil d'Etat* dat de materiële wetgeving in de *Code du travail*, die geen opvangvoorzieningen bood aan een asielzoeker met een tweede of volgende asielaanvraag, in strijd was met de wetgeving in formele zin van diezelfde *Code*. De *Conseil d'Etat* besliste dat de asielzoeker die aan zijn tweede of volgende asielaanvraag 'nieuwe elementen' ten grondslag legt, recht heeft op opvangvoorzieningen.

De Franse wetgeving was op dit punt te vergelijken met het Nederlandse opvangrecht tussen 1998 en 2005. De Rva 1997 en (later) de Rva 2005 bepaalden toen dat een tweede of volgende asielaanvraag geen recht op opvangvoorzieningen gaf. De Afdeling is altijd uitgegaan van de rechtmatigheid van de besluiten van het COA die op grond van deze regelgeving zijn genomen. Het verschil met de rechtspraak van de *Conseil d'Etat* is te verklaren uit het feit dat Nederland in tegenstelling tot het Franse recht, geen grondwettelijk recht op asiel noch een wet in formele zin kent die materiële opvangvoorzieningen aan asielzoekers biedt. Dit gegeven blijkt te leiden tot een verschil in deze opvangvoorziening.

De Afdeling hoefde immers in nationaal verband slechts te toetsen of een besluit tot het onthouden van opvangvoorzieningen aan asielzoekers met een tweede of volgende asielaanvraag op grond van de Rva 1997 (of later met de Rva 2005) kon worden genomen. De Afdeling oordeelde in vaste rechtspraak dat deze regeling dergelijke besluiten toeliet. De Afdeling had echter ook kunnen oordelen dat artikel 3 van de Wet COA het recht op opvangvoorzieningen aan een asielzoeker biedt, totdat is vastgesteld dat het om een herhaalde asielaanvraag gaat, waaraan geen nieuwe feiten en omstandigheden ten grondslag liggen. De Afdeling oordeelt immers dat de publiekrechtelijke bevoegdheid feitelijke opvang te verlenen in bijzondere omstandigheden in artikel 3 van de Wet COA besloten ligt, zonder dat de gronden voor het bieden van opvang in de Rva 2005 is uitgewerkt.

De vraag is hoe de Afdeling zal oordelen over de rechtmatigheid van deze besluiten tot onthouden van opvangvoorzieningen die zijn genomen vanaf 1 juli 2010. De asielzoeker heeft vanaf die datum op grond van de Rva 2005 geen recht op opvangvoorzieningen tijdens de rust- en voorbereidingstijd, voordat is beoordeeld of nieuwe feiten en omstandigheden ten grondslag liggen aan de tweede of volgende asielaanvraag. Als uit de beoordeling van de aanvraag blijkt dat deze feiten en omstandigheden zich niet voordoen, kunnen de opvangvoorzieningen ingevolge artikel 16, eerste lid, onder a, derde onderdeel, van de richtlijn worden geweigerd. Zolang deze beoordeling echter niet heeft plaats gevonden, heeft de asielzoeker met een tweede of volgende aanvraag het recht op opvangvoorzieningen, omdat hij voldoet aan de voorwaarden van artikel 3 van de richtlijn.

De beslissingen over het niet (meer) verlenen van opvangvoorzieningen zijn ook naar Frans recht bestuursrechtelijk van aard. Dit geldt zowel voor de beslissing van de prefect over het al dan niet bieden van opvangvoorzieningen in een *Centre d'Accueil pour demandeurs d'asile* (CADA) als voor de beslissing van de beheerder van dit asielzoekerscentrum over de opvangvoorzieningen van asielzoekers. De beheerder is weliswaar vaak een privaatrechtelijke rechtspersoon zoals *Forum Réfugiés* of *France Terre d'asile*, maar een beslissing van deze rechtspersoon over opvangvoorzieningen van asielzoekers valt – gelet op de publiek taak die deze rechtspersoon uitoefent – onder de werking van het bestuursrecht. Ook de beslissing van de *Pôle d'Emploi* over het verlenen van opvangvoorzieningen aan de asielzoeker in de vorm van een persoonlijke toelage (ATA) is een bestuursrechtelijk besluit. Ten slotte is ook de beslissing van de prefect tot het toekennen of weigeren van voorlopig verblijf¹³ in Frankrijk gedurende de asielprocedure, een bestuursrechtelijke beslissing over opvangvoorzieningen. Het toekennen van dit voorlopig verblijf heeft rechtens tot gevolg dat de asielzoeker recht op opvangvoorzieningen krijgt.

Het verbaast dan ook niet dat de omzetting van artikel 16 van de richtlijn deels heeft plaatsgevonden door middel van regels van bestuursrecht die op de beslissingen over de opvangvoorzieningen van asielzoekers van toepassing zijn. Het Franse recht kent weliswaar geen algemene wet met materiële en processuele normen van bestuursrecht, maar algemene regels van bestuursrecht vormen toch een belangrijk deel van dat recht. Deze regels bestaan voor een belangrijk deel uit de in de rechtspraak gestelde normen, in het bijzonder in de vorm van algemene rechtsbeginselen (*les principes généraux du droit*). Eén van deze beginselen is het legaliteitsbeginsel dat tot gevolg heeft dat de overheid in het Franse bestuursrecht slechts op grond van de wet handelt. Voor beslissingen over de opvangvoorzieningen van asielzoekers betekent dit dat zij in overeenstemming moeten zijn met het EU-recht, de Franse Grondwet en de bijzondere nationaalrechtelijke bepalingen over opvangvoorzieningen.

De rechtspraak van de *Conseil d'Etat* over de rechtmatigheid van bepalingen van nationale regelgeving heeft ook hier tot gevolg dat het Franse recht over de opvang van deze groepen nu vergelijkbaar is met het Nederlandse recht dat deze groepen opvang biedt.

De omzetting van artikel 21, eerste lid van de richtlijn in Nederland en Frankrijk

De rechtsbescherming die ingevolge artikel 21, eerste lid van de richtlijn tegen 'negatieve' besluiten over opvangvoorzieningen van asielzoekers dient open te staan, omvat in ieder geval een recht op beroep bij de rechter. De lidstaten zijn in beginsel vrij om het nationale bestuursprocesrecht in te richten (beginsel van procedurele autonomie) maar dienen de algemene regels van EU-recht in acht te

13 Autorisation provisoire de séjour.

nemen bij de organisatie van het recht op rechtsbescherming. Deze algemene regels hebben hun beslag gekregen in het effectiviteitsbeginsel, het gelijkwaardigheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming en hebben een belangrijke harmoniserende werking voor het bestuursprocesrecht van de lidstaten. Het in artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie beschreven beginsel van effectieve rechtsbescherming en de rechtspraak van het Hof van Justitie over dit beginsel stellen nadere voorwaarden aan de inrichting van de rechtsbescherming in de lidstaten en daarmee ook aan de omzetting van artikel 21, eerste lid, van de richtlijn. Zo moet de rechterlijke instantie een onafhankelijke en onpartijdige vooraf bij wet ingestelde rechter zijn, is de behandeling openbaar, moet de behandeling van de klachten van de eiser binnen een redelijke termijn plaatsvinden, en moet in nationale procedures waarbij het EU-recht een rol speelt een mogelijkheid worden geboden voor het treffen van een voorlopige voorziening.

Een belangrijk onderdeel van de rechtsbescherming naar EU-recht is de controle van het overheidshandelen door de rechter. Deze moet een integraal oordeel kunnen vellen over de (kwalificatie van) de feiten door het bestuur. Het Hof van Justitie laat echter in veel uitspraken een marginale toets aan het evenredigheidsbeginsel toe als sprake is van beslissingsvrijheid.

Dit betekent dat de eerdere vaststelling dat het evenredigheidsbeginsel de beslissingsvrijheid die in artikel 16 van de richtlijn aan de lidstaten wordt toegekend beperkt, en zo een harmoniserende functie heeft, dient te worden gerelativeerd. De marginale wijze van toetsen van het Hof aan het evenredigheidsbeginsel heeft immers tot gevolg dat de lidstaat binnen de grenzen van het evenredigheidsbeginsel relatief veel vrijheid heeft in de keuze tussen de door artikel 16 van de richtlijn geboden mogelijkheden om de opvangvoorzieningen te beperken of in te trekken.

Deze handelingsvrijheid mag op grond van rechtspraak van het Hof van Justitie echter niet zo worden gebruikt dat afbreuk wordt gedaan aan het doel van het van toepassing zijnde EU-recht.¹⁴ De nationale rechter is dus ook aan deze norm gebonden bij de toetsing van overheidsbesluiten die worden genomen in de uitvoering van discretionaire bevoegdheden.

Het zou bovendien goed kunnen dat het Hof van Justitie een te ruime interpretatie van artikel 16 van de richtlijn in strijd zal achten met het in artikel 18 van het EU-Handvest van de grondrechten neergelegde recht op asiel. De uitleg dat het recht op opvang een grondrecht is, zou in lijn zijn met rechtspraak van de *Conseil d'Etat*. Deze rechter neemt aan dat het recht op opvangvoorzieningen van asielzoekers een afgeleide is van het grondwettelijk recht op asiel.

In de Nederlandse literatuur over het nationale (asiel)recht is de terughoudende toetsing door de nationale bestuursrechter van asielbesluiten aan dat beginsel

14 Zaak C-578/08, *Chakroun*, uitspraak van 4 maart 2010, JV 2010/177.

bekritiseerd, omdat deze toets zich niet goed zou verhouden tot de eisen die het EU-recht stelt.

Dit geldt ook voor beslissingen over het bieden van opvangvoorzieningen aan asielzoekers. Deze beslissingen over opvangvoorzieningen worden op basis van rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens overigens niet uitgezonderd van het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM. Deze beslissingen stellen mogelijk burgerlijke rechten en plichten vast, maar zij kunnen onder voorwaarden ook een vervolging inhouden in de zin van die verdragsbepaling. Als de beslissing over opvangvoorzieningen een 'criminal charge' inhoudt, dient de toetsing van het besluit aan het evenredigheidsbeginsel door de rechter een meer indringende te zijn.

Artikel 21, eerste lid, van de richtlijn, is in het Nederlandse recht omgezet. De Algemene wet bestuursrecht (Awb) biedt in samenhang met de Wet COA de belanghebbende het recht op beroep bij de bestuursrechter tegen publiekrechtelijke besluiten en bepaalde andere handelingen dan besluiten over opvangvoorzieningen die het COA op grond van de Wet COA en de Rva 2005 neemt. Deze bestuursrechtelijke beroepsprocedure wordt niet door een bezwaarprocedure vooraf gegaan. Als tegen een bepaalde handeling of beslissing over opvangvoorzieningen een bestuursrechtelijke rechtsgang ontbreekt, kan de burgerlijke rechter een inhoudelijk oordeel geven over de onrechtmatigheid van die handeling of beslissing. De burgerlijke rechter oordeelt bovendien over besluiten waartegen geen bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat, zoals een beleidsregel of een besluit dat algemeen verbindende voorschriften vaststelt. Nederlandse belangenorganisaties van asielzoekers hebben overigens sporadisch en zonder succes van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.

Artikel 21, eerste lid, van de richtlijn is ook in het Franse recht omgezet. Evenals het Nederlandse recht kent het Franse recht geen wettelijk voorgeschreven plicht tot het volgen van een bestuurlijke voorprocedure die vooraf gaat aan dit beroep tegen een besluit over opvangvoorzieningen. De bestuursrechter is zowel in de bodemprocedure als in de voorlopige voorzieningprocedure in beroep bevoegd te oordelen over beslissingen van het overheidsbestuur of van privaatrechtelijke rechtspersonen. Voorwaarde is dat deze entiteiten in het algemeen belang handelen ter uitvoering van bepaalde toegekende publieke taken (*prérogative de puissance publique*). De hiervoor beschreven besluiten van de prefect, de beheerder en de *Pôle d'Emploi* voldoen aan dit vereiste. Zo zijn bijvoorbeeld de beslissing van de prefect om een asielzoeker geen opvangvoorzieningen in een opvangcentrum (CADA) aan te bieden, en de impliciete weigering van de prefect deze voorzieningen te verlenen, beslissingen die vatbaar zijn voor beroep bij de bestuursrechter.¹⁵ Als een bestuursrechtelijk besluit wordt genomen met het doel de opvangvoorzieningen definitief in te trekken maar de asielzoeker niet

15 Zie ook TA Nice 17 februari 2009, nrs. 0900542 en 0900545.

uit eigen beweging het centrum verlaat, moet niet bij de bestuursrechter maar bij de gewone rechter¹⁶ om een geldige titel voor ontruiming worden verzocht.

Het Franse recht biedt in tegenstelling tot het Nederlandse recht de belanghebbende ook het recht van beroep op de bestuursrechter tegen enkele belangrijke besluiten van algemene strekking. Zo is de *Conseil d'Etat* bevoegd om in eerste en enige aanleg kennis te nemen van beroepsprocedures tegen enkele van de belangrijkste uitvoerende overheidsbesluiten zoals een *décret*, een *arrêté ministériel* of een *circulaire ministériel*. Belangenorganisaties van asielzoekers in Frankrijk zoals CIMADE hebben met succes beroep ingesteld op de *Conseil d'Etat* tegen besluiten over de opvangvoorzieningen van asielzoekers. Met succes omdat de *Conseil d'Etat* naar aanleiding van deze procedures, maar ook als appelrechter in spoedprocedures die door asielzoekers zelf zijn ingesteld, belangrijke rechtspraak heeft gecreëerd. Deze heeft onder meer tot gevolg gehad dat bepalingen van Frans recht die groepen asielzoekers uitsloten van het recht op opvangvoorzieningen, zijn vernietigd wegens strijd met de richtlijn of met de Franse wet (zie hiervoor).

Tot slot: een nieuwe richtlijn in 2012

In 2008 kondigde de Commissie in het *Asielbeleidsplan*¹⁷ aan dat in het kader van het gemeenschappelijk Europees Asielstelsel een aantal voorstellen zou worden gedaan om een hogere graad van harmonisatie te bereiken en betere voorwaarden voor bescherming te scheppen. Tot deze voorstellen behoort ook het voorstel uit 2008 van de Commissie voor een herziene richtlijn van het Europees Parlement en van de Raad tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers¹⁸ dat de huidige richtlijn op een aantal plaatsen beoogt te wijzigen. Een belangrijke aanleiding voor het voorstel uit 2008 voor de wijziging van de Opvangrichtlijn is de vaststelling van de Commissie in 2007 dat de Opvangrichtlijn aan de lidstaten een te ruime beslissingsbevoegdheid biedt, die heeft geleid tot verschillen in de opvangvoorzieningen voor asielzoekers in de EU. Een nieuwe richtlijn kwam er echter niet. In het bijzonder de voorgestelde tekst over het recht op arbeid zorgde ervoor dat geen overeenstemming werd bereikt. De Raad heeft daarna geconcludeerd dat voor de behandeling van de voorstellen tot wijziging van de Procedurerichtlijn en de Opvangrichtlijn meer tijd nodig was, terwijl

¹⁶ De *juge judiciaire*.

¹⁷ COM(2008)360. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Asielbeleidsplan. Een geïntegreerde aanpak van bescherming in de hele EU.

¹⁸ (COM) 2008, 815. Definitief voorstel opgesteld door de Commissie op 3 december 2008. Interinstitutioneel dossier 2008/0244 (COD).

de behandeling van andere richtlijnen als de Kwalificatierichtlijn en de Dublin- en Eurodacverordeningen voorrang kregen.¹⁹

Aan deze impasse kwam in 2011 een voorlopig einde door een nieuw voorstel van de Commissie voor een nieuwe richtlijn in 2012. Met dit voorstel wil de Commissie naar eigen zeggen een einde maken aan de onenigheid over een nieuwe richtlijn en gebruikmaken van haar initiatiefrecht om vaart te zetten achter de opbouw van een gemeenschappelijk Europees asielstelsel. Het gewijzigde voorstel van 2011 bevat weliswaar enkele materiële wijzigingen, maar is inhoudelijk geen revolutie ten opzichte van het voorstel van 2008 omdat het is gebaseerd op dezelfde beginselen. De Commissie zegt in het nieuwe voorstel slechts 'een meer algemene oplossing voor de meningsverschillen' te ambiëren door een verheldering en vereenvoudiging van de voorgestelde bepalingen. Deze *cosmetische* aanpak is naar mijn mening vooral een politiek compromis dat gericht is op het beëindigen van de meningsverschillen tussen de lidstaten. Het voorstel zal echter geen einde maken aan de in 2007 door de Commissie geconstateerde te ruime beslissingsbevoegdheid van de lidstaten in de Opvangrichtlijn 2003/9/EG. Deze aanpak zal de (door de lidstaten niet gewenste) verschillen in de opvangvoorzieningen voor asielzoekers in de EU dan ook niet verkleinen. Wel biedt hoop dat in het voorstel van 2011 voor een nieuwe Opvangrichtlijn nog meer aansluiting wordt gezocht bij de andere Europese asielwetgeving, met name bij de Procedurerichtlijn. Het in samenhang met andere Europese asielwetgeving interpreteren van de in de Opvangrichtlijn gebruikte termen, zal de verschillen in de opvangvoorzieningen tussen de lidstaten niet voorkomen maar wel beperken.

19 Zie raadsdocument 13703/10 van 27 september 2010 en 15561/10 van 29 oktober 2010. Zie ook TK 2009/10, 32317, nr. 21, p. 3.

Summary

THE RESEARCH

This study examines to what extent one of the EU asylum directives, Directive 2003/9/EC of the Council of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers in the Member States (the Reception Directive), leaves the Member States room for differences in reception provisions and how this margin is used in the Netherlands and France.

Three provisions of the Directive (Articles 3, 16 and 21) have been carefully examined on the basis of the following research questions (chapter 1):

1. Which standards of European law are applicable to decisions made within the framework of Article 16 Directive (grounds for restricting or withdrawing material reception provisions) and to the legal protection that should be open against these decisions on the basis of Article 21, section 1 of the Directive?
2. Have the Articles 3 (target group), 16 and 21, first paragraph of the Directive, been transposed into national law of the Netherlands and France, and if so, at what level in the hierarchy of standards of the Member States, has this transposition occurred?
3. Is the transposition in accordance with the standards of European law?
4. Are there similarities and differences between Dutch and French law in respect of the provisions intended to transpose Articles 3 and 16 of the Directive?
5. How can the similarities and differences be explained?
6. Are there similarities and differences between Dutch and French law in respect of the provisions intended to provide legal protection against negative decisions on reception provisions in the sense of Article 16 of the Directive?
7. How can the possible similarities and differences be explained?

The answers to the questions have been based on a study of European law relevant to the operation of the Directive (Chapter 2) and an analysis of the legal basis and the establishment of the Directive (Chapter 3). The law intended to transpose the provisions of the Directive under investigation in the Netherlands and France are reflected in Chapters 4 and 5, providing an overview of the asylum procedure and the legal framework for asylum seekers in those countries. The administrative law aspects of decisions on reception provisions and the legal protection against these decisions are also described in these chapters. Chapter 6 contains the conclusions largely incorporated in this summary.

EUROPEAN LAW

The Treaty on the Functioning of the European Union described in Chapter 2 provides the legal basis for Directive 2003/9/EC. Transposition of the Directive is standardized by general principles of EU law that are codified in the Treaty on the European Union. The principles also standardize the decisions taken on reception provisions for asylum seekers in EU Member States and the legal protection against such measures that may be invoked.

Not only does primary EU law standardize the transposition of the Reception Directive, but instruments of secondary European asylum legislation have this effect too. These tools place limits on the freedom provided by the Directive because the terminology used in the different parts of European asylum legislation is increasingly harmonized. For example, the recent proposal of 2011 for a recast Reception Directive repeatedly refers to the Qualification Directive, for instance as regards the definition of the concept of asylum. In the proposal, references to the Procedures Directive can also be found. A literal reference to other European asylum instruments is not necessary to substantiate that mutual harmonization is necessary to promote a Common European Asylum System. For, interpretation in light of other asylum instruments should be automatic. Both EU Directives share the same legal basis in the Treaty on the Functioning of the EU and are part of the Common European Asylum System and they share the same goals such as limiting secondary movements of asylum seekers among Member States. The importance of the Procedures Directive for the interpretation of undefined concepts of the Reception Directive has also recently been emphasized by the British Supreme Court.

The Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (The Administrative Jurisdiction Division of the Council of State) opposes the above trend and ruled that EU law leaves the Member State latitude in the interpretation of undefined terms in the Reception Directive and lets national law prevail over other EU legal instruments on asylum law, such as the Procedures Directive.

A choice of uniformity with other European asylum law measures has legal and practical consequences. A concrete example arises in the interpretation of the term 'final decision' found in the Reception Directive. Under the Reception Directive an asylum seeker has the conditional right to reception provisions until a final decision on his asylum application has been made. However, the Reception Directive itself does not define the concept of a 'final decision', despite the fact that the interpretation of this term is of great importance to establish the duration of the right to reception provisions.

The Procedures Directive provides more clarity. Under this Directive, a 'final decision' in the Member State means a final court decision on the asylum application. This means that the right to reception provisions has to be granted until the court decides on the asylum application.

THE TRANSPOSITION OF THE DIRECTIVE IN THE NATIONAL LAW OF THE NETHERLANDS AND FRANCE

An analysis of the Reception Directive in Chapter 3 is followed by a description of the transposition of the Directive in the Netherlands and France (Chapters 4 and 5). The only transposition of the Reception Directive into Dutch law published as such, is a generally binding regulation (secondary legislation), the *Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005* (Rva 2005) (Regulation on benefits for asylum seekers and other categories of aliens 2005, Rva 2005). This regulation was drafted in 2005 by the Minister for Immigration and Asylum at the Ministry of Justice. In the explanatory memorandum, this ministerial regulation refers several times to the Directive and describes the conditions for the substantive right of asylum seekers to reception provisions aimed at collective accommodation in reception centres. This meets the requirement for Member States in Article 26, first paragraph, second sentence of the Directive, to refer to the Directive in the national provisions themselves or their official publication.

The transposition of the Directive into French law is contrary to Article 26, first paragraph, second sentence of the Directive, because this reference is lacking. The Reception Directive has been transposed into existing French legislation, and with a view to the transposition new laws have also been adopted. These laws are often Acts of Parliament and are established by Parliament in France under the regular constitutional procedure.

One of the laws passed in Parliament that is intended to transpose the Directive, is *La loi relative à l'immigration et à l'intégration*. This act is part of the *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'Asile* (CESEDA), which serves as the main source of asylum law. The *Code du travail* and the *Code de l'action sociale et des familles* have been changed by *la loi n° 2005-32 de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005*, just before the expiry of the implementation period.

Just like the CESEDA, these are Acts of Parliament first elaborated by the Regulatory Authority, *le pouvoir réglementaire*, then by secondary legislative acts (*décrets* or *arrêtés*). This legislation provides a basis for a mixed system of collective reception in centres, the *Centres d'Accueil pour demandeurs d'asile* (CADA) and individual reception by means of a temporary financial allowance, an *Allocation temporaire d'attente*. The importance of the right to reception provisions for asylum seekers in France is underlined by the decision of the *Conseil d'Etat* that the right to reception provisions is a derivative of the regular constitutional right to asylum.

Besides the difference in the level of transposition in the national standard hierarchy, an important difference with the Dutch law on reception is that *Le ministre de l'Intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'Immigration* shares his responsibility for reception provisions for asylum seekers with the competent authorities in the field of social security, such as the Minister for Employment, Social Cohesion and Housing. This means for instance that the Bills on

reception provisions for asylum seekers result from the negotiations and compromises among policymakers in the various ministries, which do not always have the same policy objectives.

In the Netherlands the Minister of Justice, who in 2005 was the only one entitled under the COA Act to set rules on benefits for asylum seekers, had little 'trouble' reaching consensus with colleagues about changing the Rva 2005. This observation is all the more important because the core of the public law competence of this minister was formed by the creation and implementation of regulations on the entry, residence and expulsion of asylum seekers.

The right to reception provisions is in this context (also) an instrument for the more efficient exercise of those other powers. Thus, according to the Rva 2005, the reception provisions of a rejected asylum seeker in the Netherlands can be withdrawn if he or she does not participate in a discussion about returning to his or her country of origin.

Under current law, the above situation has not changed, but the Minister for Migration and Asylum, which falls under the Ministry of the Interior and Kingdom Relations, now is the administrative body that has regulatory powers regarding asylum policy.

THE TRANSPOSITION OF ARTICLE 3 OF THE DIRECTIVE IN THE NETHERLANDS AND FRANCE

The transposition of Article 3 of the Directive (target group) in the Netherlands, before the change of the Regulation benefits asylum seekers and other categories of aliens in 2005 (Rva 2005) and the 2000 Aliens Act (Aliens Act 2000) by July 1, 2010, showed serious deficiencies. These were partly caused because the Rva 2005 only offered the right to reception provisions to the asylum seeker who had filed an asylum application under national law, which had not been rejected in the application centre (AC). This principle meant that certain categories of asylum seekers who belonged to the target group mentioned in Article 3 of the Directive, could make no claim to these reception provisions. This applied to an applicant staying in a Temporary Emergency Facility (Tijdelijke Noodvoorziening, TNV) and who was not immediately given the opportunity to file an asylum application under the Aliens Act 2000. But it also applied to the applicant who was awaiting the processing of his asylum claim in the application centre, and possibly also the applicant who was awaiting a decision on an application for a preliminary provision after the rejection of the asylum application in the AC, were among the target group of Article 3 of the Directive. Although these groups of asylum seekers actually did receive reception, legal standards for that reception at this stage of the procedure were lacking. This lack of national legislation was contrary to EU law which requires the transposition of the Directive into generally binding provisions.

The amendment of the Aliens Act 2000 and the Rva 2005 by 1 July 2010 has changed that. The Rva 2005 now applies to the resting and preparation period, the prolonged asylum procedure and the general asylum procedure in all reception centres of the COA. This means that an applicant who now stays in a TNV and an AC is also, contrary to the situation before transposition, entitled to reception provisions in the sense of the Rva 2005. The conclusion is that the change of the Rva 2005 for asylum seekers who reside in a TNV and AC has abolished the conflict previously existing between national law and Article 3 of the Directive.

A number of deficiencies in the implementation of Article 3 of the Directive also remained under the revised Rva 2005. For instance, the asylum seeker who, after the rejection of his asylum application in the general asylum procedure in an AC, after the four weeks period for leaving, is awaiting a decision on an application for a preliminary provision, is still not entitled to reception provisions. The same goes for the asylum seeker in the Netherlands with a second or subsequent asylum application. On the basis of the Rva 2005, he is not entitled to reception provisions during the resting and preparation period. Only if it is assessed that possible new facts and circumstances are underlying the request for asylum, reception is offered. This situation is also contrary to Article 3 of the Directive. Until it is established that a second or subsequent asylum application contains no new facts, it must be assumed that the asylum seeker falls within the scope of Article 3 of the Directive. Article 16, first paragraph, under a, third part, of the Directive, however, offers Member States the possibility to exclude an applicant with a subsequent application in the same Member State from reception provisions.

In *France*, the highest administrative court, the *Conseil d'Etat*, between 2003 and 2011 decided in a series of judgments that the exclusion of some groups of asylum seekers from reception provisions was unlawful.

The Directive, the French Constitution and the French primary legislation contain the legal foundations alternately laid down by the *Conseil d'Etat* to this unlawfulness.

The jurisprudence of the *Conseil d'Etat*, unlike the jurisprudence of the Division of the State Council, led to annulment of legislation on the right to reception provisions of asylum seekers. One explanation for this difference with the Netherlands can be found in the various laws on the right to reception provisions. For instance, the applicant falling within the scope of the Dublin Regulation, does get reception provisions in the Netherlands. The Dutch legislator, unlike the French legislator, seems to have realized earlier that the Reception Directive has necessitated the amendment of national law, which previously had excluded this category of asylum seekers from reception provisions. The *Conseil d'Etat* ruled that the exclusion of this group of asylum seekers in French law is contrary to Article 3 of the Directive.

THE TRANSPOSITION OF ARTICLE 16 OF THE DIRECTIVE IN THE NETHERLANDS AND FRANCE

Article 16 of the Directive offers Member States grounds for restricting or withdrawing the material reception provisions. The Netherlands has chosen not to transpose Article 16, second paragraph of the Directive, which allows for the refusal of provisions if the applicant failed to demonstrate that the asylum claim was made as soon as reasonably practicable after arrival in the State, in national law. The remaining grounds of Article 16 of the Directive have been transposed into the Rva 2005, such as Article 16, first paragraph, under a, third part of the Directive, which offers the Member State the possibility not to grant reception provisions to an applicant who has already filed an asylum application in the same Member State.

Dutch law also has grounds for the withdrawal or restriction of reception provisions not mentioned in Article 16 of the Directive, and are therefore drafted contrary to Article 16 of the Directive. Also, the explanatory memorandum of the Rva 2005 incorrectly states that some provisions of the Rva 2005 would serve as transposition of the possibility laid down in Article 16, paragraph three of the Directive, to impose sanctions if the applicant 'gravely violates' the rules relating to reception centres, as defined in this part of the Directive.

Some of the grounds specified in the Rva 2005 cannot, however, be put under this heading and the Regulation Refusal Provisions (Reglement Onthoudingen Verstrekkingen, ROV) cannot offer a legal basis for these grounds because this regulation does not contain generally binding provisions.

In *France*, by contrast, all of the grounds referred to in Article 16 regarding taking the aforementioned administrative decisions on reception provisions are transposed into French law. The conversion is flawed, partly because the transposition in some cases was not implemented in generally binding regulations. Thus the grounds for withdrawal or restriction of reception provisions if the applicant does not comply with requests for information (Article 16, first paragraph, under a, second part, of the Directive) is laid down in only one circular, which means that a legal basis for this measure is lacking. The same conclusion applies to the imposition of a sanction in a reception centre for asylum seekers in case of serious violation of the rules regarding the reception centres and of serious forms of violence (Article 16, third paragraph of the Directive).

In the Netherlands as well as in France a number of grounds for imposing sanctions is therefore not laid down in generally binding provisions, but in regulations having the character of a policy rule. The transposition of this part of the Directive into national law of the Netherlands and France for this reason has flaws.

Dutch administrative law, unlike the French administrative law, has many sanction decisions and there is also jurisprudence on decisions to impose sanctions on asylum seekers in an asylum seekers centre. This difference can be explained by the difference in character of the authorities that impose the sanctions

on the asylum seeker in the Netherlands and in France. The competence to impose sanctions in the Netherlands is assigned to the COA. The COA, as executor of the regulations of the various ministries in the capacity of independent administrative body, has a less close relationship with the asylum seeker than the private interest groups in France charged with the reception.

Other areas of French law which serve to transpose the Directive (at least according to the French courts) do meet the requirements of the Directive. In France for instance, there is a legal basis for withdrawing or restricting the reception provisions if the asylum seeker refuses to accept a place in a reception centre (Article 16, first paragraph, under a, second part of the Directive). The *Conseil d'Etat* decided that this legal basis was laid down in accordance with this provision of the Directive.

The French court has in some cases extended the right to reception provisions. The asylum seeker who under French law files an asylum application too late and according to French law has no right to reception provisions (in conformity with Article 16, second paragraph, of the Directive), in the opinion of the Council of State is in certain circumstances still entitled to reception. This ground for refusal under Article 16, however, may already be contrary to Article 3 of the ECHR. The Commission in its proposal for a recast Directive in 2011, deleted the possibility for Member States to exclude the right to reception of the applicant who cannot prove that the asylum claim was made as soon as reasonably practicable after arrival in the Member State. Deleting this option will end the difference in this reception provision between Dutch and French law.

The *Conseil d'Etat* has annulled French regulations concerning the withdrawal of reception provisions not only because of incompatibility with the Directive, as is the case in not offering reception provisions to asylum seekers who fall within the scope of the Dublin Regulation, but also incompatibility with the French constitution and French law has led to annulment of provisions. Thus the *Conseil d'Etat* ruled that the substantive law in the *Code du Travail*, which did not offer reception provisions to an asylum seeker with a second or subsequent asylum application, was contrary to primary legislation of that Code. The *Conseil d'Etat* ruled that the asylum seeker who presents 'new elements' in his second or subsequent asylum application, is entitled to reception.

On this issue French law was comparable with the Dutch reception law between 1998 and 2005. The Rva 1997 and (later) the Rva 2005 at that time determined that a second or subsequent asylum application did not give a right to reception provisions. The Administrative Jurisdiction Division of the Council of State has always assumed the legality of decisions of the COA made on the basis of these rules. The difference with the opinion of the *Conseil d'Etat* is explained by the fact that Dutch law, unlike French law, does not have a constitutional right to asylum or an Act of Parliament that offers material reception provisions to asylum seekers. This finding appears to lead to a difference in the application of this reception provision.

The question is how the Division will judge the legitimacy of those decisions to reception provisions that are taken from July 1, 2010. On the basis of the Rva 2005 the asylum seeker from that date is not entitled to reception provisions during the resting and preparation period before his or her application is assessed as to whether new facts and circumstances underlie the second or subsequent asylum application.

The principle of proportionality is explicitly stated to apply in Article 16, paragraph four of the Directive, and is one of the most important general principles of EU law (Chapter 2).

The application of the requirements of proportionality to a decision under Article 16 of the Directive, firstly entails that the decision should be an effective tool to achieve the objective pursued by the decision (suitability requirement). Under the Commission proposal for the Directive, this objective is 'to prevent the abuse of the reception system'. Moreover, in order to achieve this objective, the decision must be necessary in view of the requirement of necessity and subsidiarity. If a less burdensome measure is possible, or the decision is not really necessary to realize the objective, the decision is disproportionate. If the decision is indeed an appropriate and necessary means to achieve the objective, the decision nonetheless will be contrary to the principle of proportionality, if no reasonable consideration has been made between the objective of the decision and the importance of the right affected by the decision (requirement of proportionality in the strict sense). On the basis of these requirements in Article 16, first paragraph, of the Directive, the principle of proportionality limits the Member States' discretion to restrict or fully withdraw reception provisions. If by either the restriction of reception provisions or a full withdrawal of these provisions the same objective can be achieved, the first measure deserves to prevail in view of the proportionality principle. The principle thus has a harmonizing effect because it restricts the Member States in the choice of the various measures described in the section.

Similarly, the principle plays a role in imposing sanctions under Article 16, third paragraph, if the applicant has seriously infringed the rules regarding the reception centres or if a serious form of violence was committed. If a more serious sanction is imposed while a less onerous one is available, or the sanction is not really necessary to realize the objective pursued, then the decision is contrary to the principle of proportionality. An answer to the question whether a decision under Article 16 of the Directive meets the proportionality principle, is also important as this decision may have a punitive character if it is made in violation of the principle of proportionality. Article 49, paragraph three of the legally binding Charter of Fundamental Rights of the European Union, in this connection provides that the severity of penalties should not be disproportionate in relation to the offense.

Decisions on (no longer) providing reception provisions by French law are also *administrative* in nature. This applies both to the decision of the Prefect of recep-

tion provisions in a *Centre d'Accueil pour demandeurs d'Asile* (CADA) and the decision of the managing organisation of this refugee centre on the reception provisions of asylum seekers. Although the managing organisation is often a private law entity such as *Forum France Réfugiés* or *France Terre d'Asile*, a decision of that entity on reception provisions of asylum seekers – given public tasks that a private entity exercises – falls within the scope of administrative law. The decision of the *Pôle d'emploi* about providing reception provisions to the asylum seeker in the form of a personal grant, *Allocation temporaire d'attente* (ATA), is an administrative decision. Finally, the decision of the prefect to grant or refuse temporary stay (*Autorisation provisoire de séjour*) in France during the asylum procedure is an administrative decision on reception provisions. The granting of this temporary residence legally entails that the asylum seeker receives reception provisions.

It is therefore not surprising that the transposition of Article 16 of the Directive has partly taken place through rules of administrative law that apply to decisions on the reception provisions of asylum seekers. Although French law does not have a general law with material and procedural norms of administrative law, but general rules of administrative law are still an important part of that law. These rules are an important part in the standards set by jurisprudence, particularly in the form of general principles of law (*les principes généraux du droit*). One of these principles is the principle of legality which entails that the government in French administrative law only acts in accordance with the law. For decisions about the reception of asylum seekers, this means that they must comply with EU law, the French Constitution and the specific provisions of national law on reception provisions.

THE TRANSPOSITION OF ARTICLE 21, FIRST PARAGRAPH OF THE DIRECTIVE IN THE NETHERLANDS AND FRANCE

The legal protection under Article 21, first paragraph of the Directive against 'negative' decisions on reception provisions of asylum seekers should be open to, and shall in any event include a right of appeal to the courts. The principle of effective legal protection described in Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the jurisprudence of the Court of Justice on this principle set further conditions on the establishment of legal protection in the Member States and thus to the transposition of Article 21, first paragraph, of the Directive. An important part of legal protection according to EU law is the control of government action by a judge. He should be able to give an integral judgment about the facts as determined by the Board. The Court of Justice in many decisions allows marginal review of the proportionality principle when there is discretion. This means that the earlier finding that the proportionality principle restricts discretion granted to the Member States in Article 16 of the Directive and thus has a harmonizing function, should be put into perspective. For, the marginal scope of review by the Court regarding the principle of proportionality has

the effect that the Member State, within the limits of proportionality, has a relatively great freedom of choice among the possibilities offered by Article 16 of the Directive to limit or withdraw reception provisions. On the basis of the jurisprudence of the Court of Justice, however, discretion cannot be used in such a way that it damages the aim of the applicable EU law. The national judge is therefore also bound to this standard when reviewing government decisions taken in the performance of their discretionary powers. It could, moreover, well be that the Court of Justice will deem a too broad interpretation of Article 16 of the Directive contrary to the right to asylum provided in Article 18 of the EU Charter of Fundamental Rights. The explanation that the right to reception is a fundamental right would be in line with the jurisprudence of the *Conseil d'Etat*. This court assumes that the right to reception of asylum seekers is a derivative of the constitutional right to asylum.

In the Dutch literature on national (asylum) law the reluctant review by the national administrative judge of asylum decisions to that principle has been criticized, because this review would not relate well to the requirements of EU law.

On the basis of the jurisprudence of the European Court of Human Rights, decisions on reception provisions are, however, not excluded from the scope of Article 6 ECHR. These decisions possibly determine civil rights and duties, but they may under certain conditions also entail persecution in the sense of that Treaty provision. If the decision on reception provisions entails a 'criminal charge', the review of the decision to the principle of proportionality by the judge should be more intrusive.

Article 21, first paragraph, of the Directive, has been transposed into Dutch law. The General Administrative Law Act (Awb) in conjunction with the Act COA offers the interested party the right to appeal to the administrative court against public law decisions and certain other actions than decisions on reception provisions taken by the COA under the Act COA and the Rva 2005. This administrative appeal procedure is not preceded by a preliminary objection procedure. If an administrative judicial procedure against a particular action or decision on reception provisions is lacking, the civil court may give a substantive judgment on the illegality of that act or decision.

Article 21, first paragraph of the Directive is also transposed into French law. Like the Dutch law, French law has no statutory obligation to follow a prior administrative procedure to this appeal against a decision on reception provisions. The administrative court considers both the merits and in the provisional procedure is competent to judge on decisions by the public administration or private law persons. A condition is that these entities in the public interest act in order to carry out certain assigned public duties (the *prérogative de puissance publique*). The above decisions of the prefect, the manager and the *Pôle d'emploi* meet this requirement. For example, the decision of the prefect to refuse an applicant reception provisions in the *Centre d'Accueil pour demandeurs d'Asile* (CADA), and the implicit refusal of the prefect to provide these provisions, are decisions that are

subject to appeal before the French administrative court. If an administrative decision is made with the aim of definitively withdrawing the reception provisions, but the applicant does not voluntarily leave the centre, it is not the administrative court but the ordinary civil court that should be asked about validity.

French law, as opposed to Dutch law, also offers the interested party the right of appeal to the Administrative Court against some important decisions of a general extent. Thus, the *Conseil d'Etat* is competent in the first and only instance to hear appeals against some of the key implementing decisions such as a *décret*, an *arrêté ministériel* or a *circulaire ministériel*. Interest groups of asylum seekers in France such as CIMADE have successfully appealed to the *Conseil d'Etat* against decisions on the reception provisions of asylum seekers. As described above, this had the result that provisions of French law that excluded groups of asylum seekers from the right of reception provisions, have been abandoned.

NEW DIRECTIVE IN 2012

In 2008 a proposal for the recast of the Reception Directive was published. One important reason for the proposal of 2008 for the amendment of the Reception Directive is the determination by the Commission in 2007 that the 2003 Directive offers the Member States too wide a discretion, which has led to differences in reception provisions for asylum seekers in the Member States of the EU. The recast of the Directive has not been adopted, partly because the right to work was too hot a topic. The Council then concluded that more time was needed for the treatment of the Procedures Directive and the Reception Directive, while priority was given to treating other directives, such as the Qualification Directive and the Dublin and Eurodac regulations.

The impasse came to a temporary end in 2011 with a new proposal for a new Directive in 2012. With this proposal, the Commission in its own words states that it wants to put an end to the dispute over a recast Directive and use its right of initiative to speed up the creation of a common European asylum system. The amended proposal of 2011, despite containing some substantive changes, is not revolutionary compared to the 2008 proposal because it is based on the same principles. In the new proposal the Commission states that it only aspires 'a more general solution to the disagreements' by 'a clarification and simplification of the proposed provisions'. This *cosmetic* approach in my opinion is a political compromise particularly aimed at ending the disagreement among the Member States. However, it will not end the too broad discretion in the Reception Directive 2003/9/EC observed by the Commission in 2007. This approach will therefore not reduce the unwelcome differences in reception provisions for asylum seekers in the EU. However, there is hope that the 2011 proposal for a recast Reception Directive will be more tailored specifically to other European asylum legislation such as the Procedures Directive. Interpretation of the terms used in the Reception Directive, in conjunction with other European asylum legislation, will not

prevent the differences in reception between the Member States, but in fact restrict them.

Literatuur

Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006

P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Bestuurlijke punitieve sancties in Nederland in het licht van Europeesrechtelijke vereisten', in: *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties* (Preadviezen voor de Vereniging voor de rechtsvergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Kluwer: Alphen aan de Rijn 2006.

Albers 2001

C.L.G.F.H. Albers, 'Etikettenschwindel' in het administratieve sanctierecht?', *NJB* 2001, p. 1162.

Albers 2002

C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten: balanceren op een magische lijn?* (diss.Universiteit Maastricht), Den Haag: Sdu 2002.

Albers & Schlössels 2003

C.L.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlössels, 'Verdichting van de rechtsstrijd en de kunst van het appelleren', *Gst.* 2003, p. 647 e.v.

Albers 2006

C.L.G.F.H. Albers, 'De bestuurlijke boete onder het juk van het bestuursprocesrecht', *JBplus* 2006, p. 143 e.v.

Albers 2009

C.L.G.F.H. Albers, 'De intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie', *NTB* 2009, 24.

Allewijn 1998

D. Allewijn, 'Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter', *RMTh* 1998, p. 291-298.

Van Angeren 2007

J.A.M. van Angeren, 'De rechter als bestuurder-plaatsvervanger. Een pleidooi voor zelf voorzien door de bestuursrechter', *JBplus* 2007-2, p. 16 e.v.

Aubin 2009

E. Aubin, *Droit des étrangers*, Parijs: Gualino 2009.

Barents 2008

R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon: achtergronden en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008.

Barents & Brinkhorst 2006

R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, Deventer: Kluwer 2006.

Barkhuysen 1998

T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten*, diss., Lelystad: Vermande 1998.

Barkhuysen 2008

Barkhuysen e.a. 'Kroniek van het Nederlands en Europees constitutioneel recht', *NJB* 2008, 34, p. 2145 – 2152.

Barkhuysen, Blomberg, Bulterman & Verschuuren 2004

T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, M.K. Bulterman & J.M. Verschuuren, *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, VAR Preadvies (VAR-reeks 132), Den Haag: Bju 2004.

Barkhuysen & Damen 2007

T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, 2007, Den Haag: Bju 2007.

Battjes 2006

H. Battjes, *European asylum law and international law* (diss. Boston/Leiden), Leiden: Nijhoff 2006.

Baudoin, Van de Burgt & Van Kalmthout 2008

P. Baudoin, A. van de Burgt & A. van Kalmthout, *Vrijheidsontneming van vreemdelingen* (Monografieën Vreemdeling en Recht), Den Haag: Sdu 2008

Van den Berg & Heinen 2007

A.E.M. van den Berg & P.C.M. Heinen, 'Wet Bibob en wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid: te kort door de Straatsburgse bocht?' *Gst.* 2007, 141.

Ten Berge & Widdershoven 2001

J.B.J.M. ten Berge, R.J.G.M. Widdershoven, *Bescherming tegen de overheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Besselink 2000

H.J.M. Besselink, 'Voorlopige voorziening in hoger beroep', *JBplus* 2000, p. 54-65.

Besselink 2005

H.J.M. Besselink, 'Beoordeling van verzoeken om voorlopige voorziening in appel', *JBplus* 2005, p. 86 e.v.

Boeles 1995

P. Boeles, *Eerlijke immigratieprocedures in Europa, Standaarden voor effectieve procedurele rechtsbescherming in kwesties van toegang, verblijf en uitzetting*, (diss. KUN), Utrecht: Nederlands Centrum Buitenlanders 1995.

Boeles 2008

P. Boeles, 'De doctrine van de Afdeling Bestuursrechtspraak: fluïde of verstoppt?', *Migrantenrecht* 2008, p. 4 -10.

Bok 1992

A.J. Bok, *Rechtsbescherming in Frankrijk en Duitsland*, Deventer: Kluwer 1992, p. 75.

Bots 2007

A.M.M.M. Bots, 'Het trechtermodel in het licht van het rechteenheidsvraagstuk', in: R.J.N. Schlössels, A.G.A. Nijmeijer & L.J.M. Timmermans, *In eenheid, Over rechteenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*. Den Haag: Sdu 2007, p. 257-258.

Bots 2008

A.M.M.M. Bots, 'Het incidenteel hoger beroep in het Voorontwerp herziening bestuursprocesrecht', *Gst.* 2008, 92.

Bovens & Yesilkagit 2005

M.A.P. Bovens & K. Yesilkagit: 'De invloed van Europese richtlijnen op de Nederlandse wetgever', *NJB* 2005, p. 524.

Van den Brink 2004

A. van den Brink, *Regelgeving in Nederland ter implementatie van EU-recht, Setting Legal Norms in the Netherlands for the Implementation of European Union Law*, Europese monografieën, nr. 77, Deventer: Kluwer 2004.

Brugman 2005

D. Brugman, 'Ambtshalve toetsing afgebakend', *NTB* 2005, p. 265-277.

Brugman 2010

D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht. De omvang van toetsing aan recht door de bestuursrechter* (diss. Nijmegen RU), BJu, 2010.

Bröring 2005

H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005.

Castagnos-Sen 2006

Anne Castagnos-Sen, *Les conditions d'exercice du droit d'asile en France*, Parijs: La Documentation française 2006.

Chapus 2001

René Chapus, *Droit administratif général*, deel 1, 15^e druk Parijs: Montchrestien 2001.

Chapus 2008

R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris: Montchrestien 2008.

Collignon 2010

A. Collignon, 'De bestuurlijke lus in de praktijk', *BR* 2010, p. 395.

Craig 2006

P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Daalder & Heinrich 2005

E.J. Daalder & J.P. Heinrich, 'De bestuursrechtelijke voorlopige voorziening: overzicht en ontwikkelingen', *JBplus* 2005, afl. 2, p. 43-56.

Damen 2010

L.J.A. Damen, 'Lijdt de bestuursrechter aan "finalitis"?', *AAe* 2010, p. 275

Van Dijk & Van Hoof 2006

P. van Dijk & F. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, vierde uitgave, Antwerpen: Intersentia 2006.

Van Drooghenbroeck 2001

S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles: Bruylant 2001.

Eliantonio 2008

M. Eliantonio, *Europeanisation of Administrative Justice, The Influence of the ECJ's Case Law in Italy*, Groningen: Europa Law Publishing 2008.

Emilou 1996

N. Emilou, *The Principle of Proportionality in European Law, A Comparative Study*, Londen-Den Haag - Boston: Kluwer Law International 1996.

Essakkili 2005

Said Essakkili, 'Marginal judicial review in the Dutch asylum procedure, An assessment in light of article 3 and 13 of the European Convention on Human Rights', *Migration law papers* 2, www.vu.nl, Amsterdam 2005.

Van Ettekoven 2001

B.J. van Ettekoven, 'Alternatieven van en voor de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn)', in: B.J. van Ettekoven, M.A. Pach & I.C. van der Vlies, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter*, VAR-reeks 126, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 13 e.v.

Eveillard 2010

G. Eveillard, 'L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse', *AJDA* 2010, 10, p. 531-539.

France Terre d'Asile 2009

France Terre d'Asile, *Guide juridique de prise en charge des mineurs isolés étrangers et demandeurs d'asile*. Les cahiers de social no. 16, Parijs 2009 (uitgave eigen beheer).

Franssen, Larsson & Slingenberg 2007

K.A.E. Franssen, F.F. Larsson & C.H. Slingenberg, 'De Opvangrichtlijn. Lacunes in de Nederlandse implementatie', *NAV* 2007(6), p. 404-415.

Gerards 2002

J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmiddel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2002.

Gerards 2007

Janneke Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113.

De Graaf, Schuurmans & Tollenaar 2007

K.K. de Graaf, Y.E. Schuurmans & A. Tollenaar, 'Een nieuw denkmodel voor de feitenvaststelling in beroep?', *JBPlus* 2007, afl. 2, p. 3-16.

Van de Griend 2003

B.J. van de Griend, *Het oogmerk als ijkpunt*, Den Haag: Raad van State 2003, p. 31-64.

Van de Griend 2007

B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht*, diss. RUU, 2007, p. 279-303.

Groenendijk 2008

Kees Groenendijk, *Een venijnig proces* (afscheidsrede), Den Haag: Sdu 2008.

Groenewegen & Larsson 2003

F.T. Groenewegen & F.F. Larsson, 'Afwijzen en toch opvang?', *NAV* 2003, nr. 9.

Groenewegen 2008

F.T. Groenewegen, *Kronieken. Opvang*, *NAV* 2008, nr. 1, p. 12. Groenewegen.

Groussot 2006

X. Groussot. *General Principles of Community Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2006.

Harpaz 2009

Guy Harpaz, 'The European Court of Justice and its relations with the European Court of Human Rights: the quest for enhanced reliance, coherence and legitimacy', *Common Market Law Review* 46, 2009, p. 105-141.

Heringa, Schokkenbroek & J. van derVelde 2004

A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek & J. van derVelde, 'Artikel 6; Eerlijk proces: Algemeen', in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek & J. van der Velde (Eds.), *EVRM Rechtspraak en Commentaar*, Den Haag: Sdu 2004.

Hoogvliet 2008

G.M.H. Hoogvliet, 'Salah Sheekh en andere actualiteiten', *Migrantenrecht* 2008, p. 4-20.

Den Houdijker 2006

F.M.J. den Houdijker e.a., *Bestuurlijke punitieve sancties* (Jonge VAR-reeks 4), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Jacobs 2008

A.T.J.M. Jacobs, 'Het Verdrag van Lissabon en de Europese Grondwet; Is er een 'overtuigend onderscheid?', *NJB* 2008, 6, p. 320-329.

Jans 2000

J.H. Jans, 'Evenredigheid Revisited', *SEW* 2000, p. 270-282.

Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2002

J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2007

J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.

Jansen 2000

A.M.L. Jansen, *De redelijke termijn met name in het bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2000.

Jeztaz 1994

Ph. Jeztaz, 'Le principe d'égalité des personnes en droit privé', in *La personne humaine*, sujet de droits, 4^e Journées Savatier, PUF, coll. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1994.

Klap 1994

A.P. Klap, *Vage normen in het bestuursrecht* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Klap 2007

A.P. Klap, 'Rechter en bestuur: communicerende vaten of concurrerende machten?', *NTB* 2007, 27, p. 184 en 185.

Koenraad & Verbeek 2003

L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, 'Verdampende rechtsbescherming. Het besluit als begin en einde van beroepsprocedures', *Gst.* 2003, nr. 7192.

Konijnenbelt 2008

W. Konijnenbelt, 'Het référé administratif als spiegel van het Franse bestuursprocesrecht', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht* (Ten Berge-bundel), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 417.

Konijnenbelt 2010

W. Konijnenbelt, 'Frankrijk en de codificatie van het algemene bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.): *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, p. 905. Den Haag: BJu 2010.

Kooper 2000

R. Kooper, 'Wie is er bang voor aanvulling van rechtsgronden?', *NTB* 2000, p. 167.

Kuipers 1996

A.J. Kuipers, 'Het recht op full jurisdiction', in: R.L. Vucsan (red.), *De Awb-mens: boeman of underdog?*, Nijmegen: AAe 1996, p. 97-111.

Lay 2006

V. Lay, 'Les centres d'accueil pour demandeurs d'asile, d'un statut à un autre', *Pro asile*, nummer 14, 2006, p. 24-26.

Larsson 1999

F.F. Larsson, 'Jurisprudentieoverzicht over het onthouden van opvang aan Dublinclaimanten en aan asielzoekers met een tweede of volgend asielverzoek' *NAV* 4 mei 1999, p. 334 t/m p. 337

Larsson 2007

F.F. Larsson, 'Het besluit en de andere handeling in het vreemdelingenrecht', in: R.J.N. Schlössels, A.G.A. Nijmeijer en L.J.M. Timmermans, *In eenheid, Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*. Den Haag: Sdu 2007, p. 145-167.

Lauwaars & Timmermans 2003

R.H. Lauwaars & C.W.A. Timmermans, *Europees recht in kort bestek*, Deventer: Kluwer 2003, p. 110.

Leemans 2008

T.C. Leemans, *De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen, Over rechterlijke toetsingsintensiteit, bestuurlijke beslissingsruimte en deskundigenadvisering*, Den Haag: Boom 2008, p. 41.

Lenos 1998

E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Maastricht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998.

Lepage & Huglo 2002

C. Lepage & C. Huglo, *Code de justice administrative*, Parijs: Litec 2002.

Van der Linden 1998

E.C.H.J. van der Linden, *Formele en materiële rechtskracht*, (diss Leiden, Den Haag 1998).

Van der Linden 2006

E.C.H.J. van der Linden. 'De mantra der zorgvuldigheid: tussen de marges van de marginale toetsing van het bestuurlijk geloofwaardigheidsoordeel', in: Heringa e.a., *Het bestuursrecht beschermd*, Den Haag: Sdu 2006.

Lombard 2006

M. Lombard, 'Irréductible intérêt général', *AJDA* 2006.1809.

Loschak 1981

D. Loschak, 'L'étranger et les droits de l'homme', in *Mélanges offerts au Professeur Charlier*, Parijs: 1981, p. 621.

Van Male 2007

R.M. van Male, 'Van motiveringscontrole naar bestuursrechtelijke rechtsvinding', *NTB* 2007 (10), 58.

Marseille 2003

A.T. Marseille, 'De dagelijkse praktijk van het hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak', *NJB* 2003, p. 1062-1069.

Marseille 2004

A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop van de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures*, Den Haag: BJu 2004.

Marseille, De Graaf & Smit 2003

A.T. Marseille, K.J. de Graaf & A.J.H. Smit, *Ruimte voor rechtsvorming*, Den Haag: BJu 2007.

Meeusen, Straetmans & Van den Bossche 2008

J. Meeusen, G. Straetmans & A-M Van den Bossche (eds.), *Het Verdrag van Lissabon: de Europese impasse doorbroken(?)*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2008.

Melleray 2005

F. Melleray, 'Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel?', *AJDA* 2005, p. 637.

Michiels & De Waard 2007

F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard. *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: BJu 2007.

De Moor-van Vugt 1995

A.J.C. de Moor- van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief* (diss.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

De Moor-van Vugt 1993

A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Symbiose van evenredigheidstoetsen?', *NTB* 1993, p. 26-37;

De Moor-van Vugt 1998

A.J.C. de Moor-van Vugt, *Europees bestuursrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

De Moor-van Vugt 2002

A.J.C. de Moor-Van Vugt en E.M. Vermeulen, 'Correctie van gebrekkige toepassing EG-recht. Actuele rechtspraak van het Hof van Justitie', *JBplus* 2004/2, p. 58-69.

Morand-Deville 2005

J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, Paris: Montchrestien 2005, 9^e druk.

Noordam 2004

F.M. Noordam, 'De Wet werk en bijstand, een introductie', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2004, nr. 5, p. 217-231.

Noordam & Klose 2004

F.M. Noordam & S. Klose, *Sociale-zekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Ortlep & Willemsen 2007

R. Ortlep & P.A. Willemsen, 'Gezag van gewijsde in het bestuursrecht', *NTB* 2007, 39.

Pieters 1996

G.F. Pieters, 'De bewijspositie van partijen in het bestuursprocesrecht', *NTB* 1996, p. 41-52.

Pluymen 2008

M.H. Pluymen, *Niet toelaten betekent uitsluiten. Een rechtssociologisch onderzoek naar de rechtvaardiging en praktijk van uitsluiting van vreemdelingen van voorzieningen*. (diss. Nijmegen), Den Haag: BJu 2008.

Polak 2000

J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000.

De Poorte 2001

J. de Poorte, 'Onthouden opvang Dublinclaimanten en indieners tweede of volgend asielverzoek', *NAV* 2001/03, p. 224 - p. 231.

De Poorter 2003

J.A.C. de Poorter, *De belanghebbende*, diss. 2003, Den Haag: BJu 2003.

De Poorter, Jurgens & Besselink 2010

J.C.A. de Poorter, G.T.J.M. Jurgens & H.J.M. Besselink e.a., *De toegang tot de rechter beperkt*, VAR-reeks nr. 144, Den Haag: BJu 2010.

Le Pors 2008

A. Le Pors, *Le droit d'asile*, in de serie Que sais-je, Paris: PUF 2008, p. 47-81.

Prakke & Kortmann 2009

L. Prakke en C.A.J.M. Kortmann (red.), *Het Staatsrecht van 15 landen van de Europese Unie*. Kluwer: Deventer 2009.

Prechal 1995

S. Prechal, *Directives in European Community Law*, (diss. Amsterdam UvA), 1995.

Prinssen 2009

J.M. Prinssen, 'Rechtstreekse werking van Europees milieurecht: het laatste woord is nog niet gezegd', in: Ch. W. Backes e.a., *Europees milieurecht in de Lage Landen*, Den Haag: Bju 2009, p. 131-150.

Put, Simoens & E. Ankaert 2006

J. Put, D. Simoens & E. Ankaert, *Ontwikkelingen van de sociale zekerheid, 2001-2006*, Brugge: Die Keure 2006.

Reneman & Hubel 2005

M. Reneman & S. Hubel, 'Een tweede kans? Overzicht van juridische kwesties die spelen bij tweede asielaanvragen', *NAV* 2005, nr. 7, p. 376-403.

Rihal 2009

Hervé Rihal, 'La généralisation du revenu de solidarité active', *AJDA* 2009, 198-205.

Rivero & Waline 2006

J. Rivero & J. Waline, *Droit administratif*, Parijs: Dalloz 2006.

Robert-Cuendet 2010

S. Robert-Cuendet, 'Les modalités de fixation de l'astreinte à l'épreuve de l'exigence d'effectivité du recours contentieux DALO', *AJDA* 2010, nr. 34, p. 1948-1950.

Rogers 2002

Nicola Rogers, 'Minimum Standards for Reception', *European Journal of Migration and Law* 2002/4, p. 215-230.

Roozendaal 1998

B.J.P.G. Roozendaal, *Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1998.

Van Russen Groen 1998

P.M. van Russen Groen, *Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1998.

Schermers & Waelbroeck 2001

H.G. Schermers & D.F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, Deventer: Kluwer 2001.

Schlössels 1999

R.J.N. Schlössels, 'Bestuurlijke vrijheden en toetsing. Een rechtsvergelijkende en historische beschouwing over de intensiteit van administratieve rechtsbescherming in Nederland en Duitsland', in: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa & A.R. Neerhof (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu 1999, p. 73-113.

Schlössels 2003

R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne. Enige beschouwingen over de rechtsmacht van de bestuursrechter* (oratie Nijmegen), BJu, Den Haag 2003.

Schlössels 2008

R.J.N. Schlössels, 'De andere kant van de lus...', *NTB* 2008-8, p. 267-268.

- Schlössels, Schuurmans, Koopman & Verburg 2009
 R.J.N. Schlössels, Y.E. Schuurmans, R.J. Koopman & D.A. Verburg, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter? - Preadviezen*. Den Haag: BJu 2009.
- Schlössels & Stroink 2010
 R.J.N. Schlössels & F.A.M. Stroink, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2010.
- Schlössels & Zijlstra 2010
 R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.
- Schreuder-Vlasblom 1998
 M. Schreuder-Vlasblom, Naschrift, *NTB* 1998, p. 213.
- Schueler 2008
 B.J. Schueler, 'De lus als ontknoping van het proces. De introductie van de lus in de Awb', *TBR* 2008/9, p. 786 e.v.
- Schuurmans 2005
 Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam, Vu), Deventer: Kluwer 2005.
- Schuurmans 2007
 Y.E. Schuurmans: 'De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, p. 115-142. Alphen aan de Rijn: Kluwer 2007.
- Schutgens 2009
 R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, Deventer: Kluwer 2009.
- Schwarze 2005
 J. Schwarze 2005, *Europaisches verwaltungsrecht*, Baden-Baden: Nomos 2005.
- Simon 1999
 H.J. Simon 'Bestuursrecht en mensenrechten, top down of bottom-up', *NJB* 1999, p. 1187 e.v.
- Slingenberg & Oliai 2007
 C.H. Slingenberg & N. Oliai, 'Europese blik op het AC. De AC-procedure in het licht van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het EG-recht', *NAV* 2007, nr. 2.
- Spijkerboer 2002
 T.P. Spijkerboer, *Het hoger beroep in vreemdelingenzaken*, Den Haag: Sdu 2002.
- Steyger 2005
 E. Steyger, 'Een overheidsbegrip in het Europees recht?' *NTB* 2005, 29.
- Steyger 2007
 E. Steyger, 'Awb en Europa. Het bestuursorgaan in het licht van het Europese recht: houdbaar of aan wijzigingen onderhevig?' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht voor de effectieve uitvoering van EG-recht*. Alphen aan de Rijn, Kluwer 2007.

Tak 2005

A.Q.C.Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Toth 2000

A.G. Toth, 'Human Rights as General Principles of law, in the Past and in the Future', in: U. Bernitz & J. Nergelius (red.), *General Principles of Community Law*, The Hague/London/Boston: Kluwer law international 2000.

Tridimas 1999

T. Tridimas, *The General principles of EC Law*, Oxford: OUP 1999.

Usher 1998

J.A. Usher, *General Principles of EC Law*, Londen en New York: Longman 1998.

Verheul 1994

J.M. Verheul, *Sanctiebegrip en sanctiesamenloop in de sociale zekerheid*, Alphen aan de Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1994.

Verhey 2001

L.F.M. Verhey, 'Het Nederlandse staats- en bestuursrecht in het licht van het EVRM', in: H. Koning en E.M.J. Crombag (red), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2001.

Versteeg 1987

A.J.H.W.M. Versteeg, *Verdeling van rechtsmacht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1987.

Viel 2007

M.T.Viel, 'Errements des sanctions administratives', *AJDA* 2007. 1007.

Viering 1994

M.L.W.M. Viering, *Het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Waaldijk 1994

Kees Waaldijk, *Motiveringsplichten van de wetgever* (diss. Maastricht), Lelystad: Vermande 1994.

De Waard 2001

B.W.N. de Waard, 'Een goede procesorde', *JBplus* 2001, afl. 4, p. 148 e.v.

De Waard 2005

B.W.N. de Waard, 'Doorbreking van appélverboden', *JBplus* 2005, p. 98 e.v.

De Waard 2010

B.W.N. de Waard, 'De matigende rechter. Evenredigheid en bestuurlijke boeten', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.): *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010.

Waline 2008

J. Waline, *Droit administratif*, Parijs: Dalloz 2008.

Weber 2010

M. Weber, *Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung*, Baden-Baden: Nomos 2010.

- Weil, Long & Braibant 2005
P. Weil, M. Long & G. Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris: Dalloz, 2005.
- Widdershoven 1987
R.J.G.M. Widdershoven, *Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratieve recht*, (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.
- Widdershoven 2001
R.J.G.M. Widdershoven e.a., 'Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep', Den Haag: 2001, p. 34-38.
- Widdershoven 2003
R.J.G.M. Widdershoven, 'Europese invloed op de rechtsbescherming door de Centrale Raad van Beroep', in: *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, p. 211-215.
- Widdershoven 2004
R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbeginselen in het Europese recht', in: R.J.N. Schlossels e.a. (red.), *In beginsel*, Deventer: Kluwer 2004, p. 293 e.v.
- Widdershoven 2006
Widdershoven R.J.G.M., 'De invloed van het EG-recht en het EVRM op de Nederlandse bestuursrechtspraak', in: *JB-plus Verklaard*, 2006, p. 26-48.
- Widdershoven 2006a
Widdershoven R.J.G.M., 'De Europese rol van de nationale rechter: rechtsbescherming of controleur', in: A.W. Heringa, A.M.L. Jansen, E.C.H.F. van der Linden, E.C.H.F. L.F.M. Verheij, *Het bestuursrecht beschermd*, Liber Amicorum F.A.M. Stroink, Den Haag: Sdu 2006, p. 57-69.
- Widdershoven 2007
R.J.G.M. Widdershoven, 'Over de verantwoording van geheim rechterlijk overleg', in: K.J. de Graaf e.a. (red.), *Op tegenspraak*, Den Haag: BJu 2007.
- Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008
H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2008.
- Willemsen 2008
P.A. Willemsen, *Een meer definitieve geschilbeslechting in het bestuursrecht in rechtsvergelijkend perspectief*. Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.
- De Zwaan 1998
J.W. de Zwaan, *Het recht als fundament van de Europese Unie* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1998.
- Zijlstra 2003
S.E. Zijlstra, 'Publieke taak en democratische rechtsstaat', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout (red.), *De Publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 73-76.

Jurisprudentie

HOF VAN JUSTITIE EG

Gevoegde zaken 7/56 en 3-7/57 *Algera*, Jur. 1957, p. 87
Zaak 26/62, *Van Gend en Loos*, Jur. 1963, p. 1
Zaak 6/64, *Costa/Enel*, Jur. 1964, p. 1255
Zaak 19/67, *Sociale Verzekeringsbank.Koschniske*, Jur. 1950, p. 1
Zaak 4/73, *Nold*, Jur. 1973, p. 491
Zaak 41/74, *Van Duyn*, Jur. 1974, p. 1337
Zaak 33/76, *Rewe*, Jur. 1976, p. 1989
Zaak 51/76, *VNO tegen Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, Jur. 1977, p. 113
Zaak 85/76, *Hoffmann la Roche*, Jur. 1979, p. 461
Zaak 38/77, *ENKA*, Jur. 1977, p. 2203
Zaak 106/77, *Simmmenthal*, Jur. 1978, p. 629
Zaak 240/78, *Atalanta*, Jur. 1979, p. 2137
Zaak 155/79, *AM&S*, Jur. 1982, p. 1616
Zaak 97/81, *Commissie tegen Nederland*, Jur. 1982, p. 1819
Zaak 270/81, *Felicitas*, Jur. 1982, 02771
Zaak 283/81, *Cilfit*, Jur. 1982, p. 3415
Zaak 64/82 *Tradax Graanhandel*, Jur. 1984, p. 1359
Zaak 199/82, *San Giorgio*, Jur. 1983, p. 3595
Zaak 14/83, *Von Colson en Kamann*, Jur. 1984, p. 1891
Zaak 294/83, *Les Verts*, Jur. 1986, p. 1339.
Zaak 152/84, *Marshall*, Jur. 1986, p. 723
Zaak 222/84, *Johnston*, Jur. 1986, p. 1651
Zaak 222/86, *Heylens*, Jur. 1987, p. 4097
Zaak C-2/88 *Imm. Zwartveld*, Jur. 1990, p. I-3365/4405
Zaak C-49/88, *Al-Jubail*, Jur. 1991, p. I-3187.
Zaak 103/88, *Fratelli Constanzo*, Jur. 1989, p. 1839.
Zaak 109/88, *Danfoss*, Jur. 1989, p. 3199
Gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, Jur. 1991, p. I-534.
Zaak C-361/88, *ta-Luft*, Jur 1991, p.I-2567.
Zaak C-106/89, *Marleasing*, Jur. 1990, p. I-4135.
Zaak C-213/89, *Factortame*, Jur. 1990, p. I-2433.
Zaak C-188/89, *Foster*, Jur. 1990, p. I-3313
Gevoegde zaken C-6/90 en C9/90, *Francovich*, Jur. 1991, p. I-5357
Zaak C-90/90, *Neu e.a.*, Jur. 1991, p. I-3617.
Zaak C-97/91, *Borelli*, Jur. 1992, p. I-6313

- Zaak C-98/91, *Herbrink*, Jur. 1994, p. I-223
Zaak C-165/91, *Van Munster*, Jur. 1994, p. I-4661
Zaak C-9/92, *Commissie tegen Griekenland*, Jur. 1993, p. I-4467
Gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur en Factortame*, Jur. 1996, p. I-1029
Zaak C-312/93, *Peterbroeck*, Jur. 1995, p. I-4599
Gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel en van Veen*, Jur. 1995, p. I-4705
Zaak C-433/93, *Commissie tegen Duitsland*, Jur. 1995, p. I-2303
Zaak C-465/93, *Atlanta*, Jur. 1995, p. I-3761
- Gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, *Dillenkofer*, Jur. 1996, p. I-4845
Zaak C-233/94, *BRD tegen Europees Parlement en Raad*, Jur. 1997, p. I-2045
Zaak C-32/95, *Commissie tegen Lisretal*, Jur. 1996, p. I-5373
Zaak C-72/95, *Kraaijeveld e.a.*, Jur. 1996, p. I-5403
Zaak C-261/95, *Palmisani*, Jur. 1997, p. I-4025
Gevoegde zaken C-248/95, C-248/95 en C-249/95, *SAM Schifffahrt*, Jur. 1997, p. I-4475
Zaak C-368/95, *FamiliaPress*, Jur. 1997, p. I-3689
Zaak C-181/96, *Wilkens*, Jur. 1999, p. I-399
Gevoegde zaken C-253/96 t/m C-258/96, *Kampelmann*, Jur. 1997, p. I-6907.
Zaak C-401/96, *Somaco tegen de Commissie*, Jur. 1998, p. I-2587.
Zaak C-120/97, *Upjohn II*, Jur. p. I-223
Zaak C-126/97, *Eco Swiss*, Jur. 1999, p. I-3055 ,
Zaak C-185/97, *Coote*, Jur. 1998, p. I-5199.
Zaak C-162/99, *Commissie tegen Italië*, Jur. 2001, p. I-541
Zaak C-228/99, *Silos*, Jur. 2001, I-8401
Zaak C-441/99, *Gharehveran*, SEW 2002, Vol. 9, p. 349-351.
Zaak C-262/99, *Louloudakis*, Jur. 2001, p. I-5547
Zaak C-60/00, *Carpenter*, Jur. 2002, p. I-6279
Zaak C-94/00, *Roquette Frères*, Jur. 2002, p. I-9011
Zaak C-112/00, *Schmidberger*, Jur. 2003, p. I-5659
Zaak C-210-00, *KCH*, Jur. 2002, p. I-6453
Zaak C-442/00, *Caballero*, Jur. 2002, p. I-11915
Zaak C-453/00, *Kühne & Heitz*, Jur. 2004, p. I-00837
Gevoegde zaken C-465/00, C-138/01 en C-139/01, *Rechnungshof*, Jur. 2003, p. I-4989
Zaak 60/01, *Commissie tegen Frankrijk*, Jur. 2002, p. I-5679
Zaak C-224/01, *Köbler*, Jur. 2003, p. I-10239
Zaak C-276/01, *Steffensen*, Jur. 2003, p. I-3735
Gevoegde zaken C-397/01 t/m 403/01, *Pfeiffer*, Jur. 2004, p. I-8835
Zaak C-491/01, *British American Tobacco*, Jur. 2002, I-11453
Zaak C-127/02, *Kokkelvisserij*, Jur. 2004, p. I-7405.
Zaak C-327/02, *Panayotova*, RV 2004/94

Zaak C-12/03 P, *Commissie tegen Tetra Laval*, Jur. 2005, p. I-1069
Zaak C-105/03, *Pupino*, Jur. 2005, p. I-5285.
Zaak C-136/03, *Dörr*, Jur. 2005, p. I-4759
Zaak C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, Jur. 2006, p. I- 5177
Gevoegde zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, *ABNA*, Jur. 2005, 1-10423
Zaak C-540/03, *Parlement tegen Raad*, Jur. 2006, p. I- 5769
Gevoegde zaken C-154/04 en C-155/04, *Alliance for Natural Health*, Jur. 2005, I-6451
Zaak C-28/05, *Dokter e.a.*, Jur. 2006, p. I-05431
Gevoegde zaken C-222/05 t/m C-225/05, *Van der Weerd*, Jur. 2007, p. I-4233
Zaak C-432/05, *Unibet*, Jur 2007, p. I-2271
Zaak C-135/08, *Rottmann tegen Freistaat Bayern*, uitspraak van 2 maart 2010, *JV* 2010/122
Zaak C-578/08, *Chakroun*, uitspraak van 4 maart 2010, *JV* 2010/177
Zaak C-403/09, *Deticek*, uitspraak van 23 december 2009.

GERECHT VAN EERSTE AANLEG

Zaken T—213/95 en T-18/96, *SCK en FNK tegen Commissie*, Jur. 1997, p. II-1739
Zaak T-54/99, *Max Mobil*, Jur. 2002, p. II-313
Zaak T-13/99, *Pfizer Animal Health SA tegen Raad*, Jur. 2002, p.II-3305
Zaak T-5/02, *Tetra Laval tegen Commissie*, Jur. 2002, p. II-4381
Zaak T-36/91, *ICI tegen Commissie*, Jur. 1995, p. II-1847

EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

EHRM 21 februari 1975, *NJ* 1975, 462 (Golder)
EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978, 223 (Engel)
EHRM 27 februari 1980, *NJ* 1980, 561 (Deweert)
EHRM 23 juni 1981, *NJ* 1982, 602 (Le Compte, Van Leuven & De Meyere)
EHRM 10 december 1982, *NJ* 1987, 828 (Foti e.a.)
EHRM 10 februari 1983, *NJ* 1987, 315 (Albert en Le Compte)
EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937 (Öztürk/Duitsland)
EHRM 23 oktober 1985, *NJ* 1986, 102 (Bentham).
EHRM 29 mei 1986, *NJ* 1987, 432 (Feldbrugge)
EHRM 25 juni 1987, Series A, vol. 119 (Milasi/Italië)
EHRM 27 april 1988, Series A, vol. 131 (Boyle and Rice/Verenigd Koninkrijk)
EHRM 7 oktober 1988, *NJ* 1991/351 (Salabiaku/Frankrijk)
EHRM 7 juli 1989, Series A, vol. 159 (Tre Traktörer)
EHRM 28 juni 1990, Series A, vol. 179 (Obermeier/Oostenrijk)
EHRM 30 oktober 1991, Series A, vol. 215 (Vilvarajeh/Verenigd Koninkrijk)
EHRM 26 februari 1993, Series A, vol. 257-E. (Salesi/Italië)
EHRM 9 december 1994, *AB* 1995, 599 (Schouten en Meldrum/Nederland)

EHRM 26 april 1995, *AB* 1996, 1 (Fischer/Oostenrijk)
 EHRM 23 oktober 1995, Series A vol. 328-C (Gradinger)
 EHRM 22 november 1995, Series A, vol. 335-A (Bryan/Verenigd Koninkrijk)
 EHRM, 25 juni 1996, *AJDA* 1996, p. 1016 (Amuur c/France)
 EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699 (Saunders)
 EHRM 18 maart 1997, *JB* 1997/112 (Mantovanelli/Frankrijk)
 EHRM 2 mei 1997, *RV* 1997, 70 (D. t. Verenigd Koninkrijk; St. Kitts)
 EHRM 24 september 1997, *JB* 1997, 281 (Garyfallou)
 EHRM 23 september 1998, *NJCM-bulletin* 2000, p. 873-879 (Malige/Frankrijk)
 EHRM 28 oktober 1998, *NJ* 2001, 134 (Osman/Verenigd Koninkrijk)
 EHRM 28 oktober 1999, EHRC 1999/6 (Escoubet/België)
 EHRM 27 juni 2000, *AB* 2001, 86 (Frydlender/Frankrijk)
 EHRM 5 oktober 2000, *AB* 2001/80 (Maaouia t. Frankrijk)
 EHRM 2 juli 2002, EHRC 2002, 72 (Göktan/Frankrijk)
 EHRM 12 juli 2001, *AB* 2004/400 (Ferrazzini/Italië)
 EHRM 23 juli 2002, EHRC 2002/88 (Janosevic/Zweden)
 EHRM 4 februari 2005, *AB* 2005/274 (Mamatkulov en Askarov t. Turkije)
 EHRM 5 juli 2005, EHRC 2005/93 (Said v. Nederland) m. nt. A. Woltjer.
 EHRM 13 december 2005, *AB* 2006, 285 (Nilsson v. Zweden)
 EHRM 29 maart 2006, *JB* 2006, 134 (Pizzati tegen Italië)
 EHRM 27 juli 2006, *JB* 2006/287 (Coorplan-Jenni GMBH en Hascic t. Oostenrijk)
 EHRM 23 november 2006, *AB* 2007/51 (Jussila t. Finland)
 EHRM 19 april 2007, *JB* 1997, 98, (Vilho Eskelinen e.a./Finland)
 EHRM 26 april 2007, *AB* 2007/227 (Gebremedhin/Frankrijk)
 EHRM 20 september 2007, *JV* 2007/462 (Sultani/Frankrijk)
 EHRM 29 januari 2008, no 13229/03 (Saadi/Verenigd Koninkrijk)
 EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *NJB* 2008, p1803-1804 (N. tegen het Verenigd Koninkrijk)

EUROPEES COMITÉ VOOR SOCIALE RECHTEN

Europees Comité voor Sociale Rechten, 20 oktober 2009, *JV* 2010/150 (Defence for Children/Nederland)

HOGE RAAD

HR 31 december 1915, *NJ* 1916, 407
 HR 25 februari 1949, *NJ* 1949, 558 (Doetinchemse woonruimtevoordering)
 HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 723 (Heesch van den Akker)
 HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469
 HR 28 februari 1992, *AB* 301
 HR 14 mei 1993, *AB* 503, *NJ* 1993, 641

HR 18 juni 1993, *NJ* 1993, 642 (Sint Oedenrode/Van Aarle)
HR 9 december 1998, *RV* 1988, 14
HR 22 december 2000, *JB* 2001, 27
HR 21 maart 2003, *JB* 2003, 97
HR 14 januari 2005, *JV* 2005/115
HR 17 oktober 2008, *JV* 2008/415

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

ABRvS 1 april 1996, *AB* 1996, 321 (Hoefsmederij Haaksbergen)
ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996, 158 (Kwantum)
ABRvS 7 november 1996, *AB* 1997, 415 (bijdrage huisvesting gehandicapten)
ABRvS 24 april 1997, *AB-kort* 1997, 341
ABRvS 10 februari 2000, *AB* 2000, 211
ABRvS 30 maart 2001, *JB* 2001, 129
ABRvS 29 mei 2001, *Rawb* 2001, 98
ABRvS 12 december 2001, *AB* 2002, 61
ABRvS 4 oktober 2001, *JV* 2001, 321.
ABRvS 13 februari 2002, *AB* 123 (Turks vermogen).
ABRvS 27 maart 2002, *AB* 2002, 419
ABRvS 14 juni 2002, *JV* 2002/244
ABRvS 24 juli 2002, *JV* 2002/311
ABRvS 10 februari 2003, *JV* 2003/155
ABRvS 25 juli 2003, *JV* 2003/399
ABRvS 20 augustus 2003, *AB* 391 (Immobilisatietechniek).
ABRvS 2 maart 2004, *JB* 151 (rechtmatig verblijf in Nederland)
ABRvS 14 april 2004, *JB* 2004, 208
ABRvS 21 april 2004, *JB* 2004, 231 (Marktbedrijf T.Post en Zonen BV)
ABRvS 9 juni 2004, nr. 200308511
ABRvS 3 juli 2004, *JV* 2004/352
ABRvS 15 november 2004, *AB* 2005, 26
ABRvS 23 februari 2005, *RV* 2005, 83
ABRvS 10 mei 2005, *NAV* 2005/226
ABRvS 27 juni 2005, nr. 200501435/1
ABRvS 28 oktober 2005, *JV* 2005/468
ABRvS 16 november 2005, *AB* 2006, 138 (Laurus).
ABRvS 14 december 2005, *AB* 2006, 351
ABRvS 28 december 2005, *JV* 2006/77
ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2006, 392
ABRvS 19 mei 2006, *RV* 2006, 74
ABRvS 21 juni 2006, *AB* 339
ABRvS 12 juli 2006, *AB* 338.
ABRvS 2 augustus 2006, *AB* 2007, 27 (Woonschepen Emmen).

ABRvS 9 augustus 2006, *AB* 340 (Franeckerdeel).
ABRvS 28 maart 2007, *JV* 2007/187
ABRvS 24 mei 2007, *JV* 2007/304
ABRvS 20 augustus 2007, *RV* 2007, nr. 91
ABRvS 12 september 2007, *JV* 2007/478
ABRvS 17 oktober 2007, *AB* 363 (Aanvang loodsanering)
ABRvS 30 januari 2008, *AB* 2008, 151.
ABRvS 30 september 2008, *JV* 2008/424.
ABRvS 19 november 2008, *JV* 2009/46 m.nt. C.H. Slingenberg.
ABRvS 14 januari 2009, *JB* 2009/124
ABRvS 25 februari 2009, *AB* 2009/266
ABRvS 12 augustus 2009, *AB* 2009, 368
ABRvS 22 april 2010, *JV* 2010, 224.
ABRvS 22 september 2010, *JV* 2010/413

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

CBB 28 januari 2005, *AB* 194 (KPN)
CBB 8 maart 2005, *JB* 161 (Enertel e.a.)
CBB 5 april 2005, *AWB* 04/48

CENTRALE RAAD VAN BEROEP

CRvB 27 mei 1998, *AB* 1998, 367 (ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden)
CRvB 5 april 2000, *USZ* 2000/135, m. nt. E.E.V. Lenos onder *USZ* 2000/134.
CRvB 20 augustus 2003, *AB* 2004, 13.
CRvB 7 september 2004, *JB* 378 (Lichtenvoorde).
CRvB 4 januari 2006, *LJN* AY8908, *JB* 83, *AB* 299 (Woningaanpassing Amsterdam).
CRvB 17 april 2007, 05/1368 WAO, n.g.
CRvB 5 juni 2007, *LJN*: BA 7556.
CRvB 27 november 2007, de *Gst.* 2008, nr. 7292, 36 (Indicatiebesluit AWBZ).
CRvB 5 januari 2009, *JB* 2009/64, m. nt. C.L.G.F.H. Albers

RECHTBANK

Rechtbank's-Hertogenbosch 26 maart 2007, *JV* 2007/269
Rechtbank Amsterdam 7 augustus 2009, *JV* 2009/390
Rechtbank Amsterdam 22 april 2008, *RV* 2008
Rechtbank Haarlem 9 februari 2007, *Awb* 06/39427 en *Awb* 06/39426
Rechtbank Utrecht, 28 mei 2002, *JV* 2002/283

Rechtbank Haarlem 25 september 2007, *JV* 2008/216

Rechtbank 's-Gravenhage (KG - civiel), 16 november 2009, *JV* 2010/23

CONSEIL D'ÉTAT

CE 28 mei 1954, *Barel*, *GA* 2005, nr. 72

CE 17 juni 1955, *Silberstein*, *Rec. CE* p. 334

CE 4 maart 1960, *Lévy*, *RDP* 1960, p. 1030

CE 30 maart 1962, *Bertaux*, *Rec. CE*, p. 237

CE 24 november 1982, *Hérit. Malonda*, *Rec. CE* p. 720

CE 10 mei 1989, *Ville de Mâcon*, *Rec. CE*, p. 880

CE 7 november 1990, n°93993

CE 28 juli 1993, *Bach et autres*, *Rec. CE*, p. 237

CE 2 december 1994, *Mme Agyepong*, no. 112842, *Rec. CE*, p. 523.

CE 16 januari 1995, *Sarl Constructions industrielles pour l'agriculture*,
Rec. CE, p. 35

CE 8 december 1995, *Mouv. De défense des automobilistes*, *RFDA* 1996, p. 166

CE 18 december 1996, *Min. Int c/Rogers*, *Rec. CE*, p. 509

CE 12 januari 2001, nr. 229039

CE 18 december 2002, nr. 233618

CE 10 januari 2003, nr. 228947

CE 30 juli 2003, *Saïd Remli*.

CE 25 november 2003, nr. 261913

CE 26 november 2003, *Celik*.

CE 6 februari 2004, *Mme Hallal*, *Rec. CE* p. 48

CE 18 februari 2004, nr. 250707

CE Sect 15 juli 2004, *Ep. Leroy*, p. 338, *AJ* 2004, p. 1926.

CE 21 december 2004, nr. 275362

CE 9 maart 2005, *Moinuddin*, nr. 274509

CE van 12 oktober 2005, nr. 273198

CE 24 oktober 2005, *Min. Intérieur et Aménagement du territoire c/M. M*, *AJDA* 2006,
p. 496.

CE 16 december 2005, *Kabengera*, nr. 287905

CE 3 april 2006, *SIVU de l'Amana*, *AJDA* 2006.1403.

CE 27 september 2006, *M. Maupas*, *AJDA* 2007.271.

CE 21 maart 2007, *Garnier*, nr. 284586, *Rec. CE* p. 128

CE 23 april 2007, nr. 282963

CE 7 augustus 2007, nr. 301540

CE 28 september 2007, nr. 299732

CE 16 juni 2008, nrs. 300636 en 300637

CE 30 juli 2008, nr. 313767

CE 18 december 2008, *Mme A épouse B*, nr. 283245

CE 23 mars 2009, nr. 325884

CE 6 augustus 2009, nrs. 330536 en 330537
CE 17 septembre 2009, nr. 331950, *AJDA* 2010, nr. 4
CE 20 oktober 2009, nrs. 332631 en 332632
CE 17 december 2009, nr. 334344
CE 9 maart 2005, *Moinuddin*. no. 274509.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

CC 22 januari 1990, nr. 89-269 DC
CC 13 augustus 1993, nr. 93-325 DC, *RFDA*.1993.871
CC 25 februari 1992, nr. 92-307 DC
CC 23 januari 1987, *Conseil de la concurrence*, *RD publ.* 1987.1341
CC 28 juli 1989, *Sécurité et transparence du marché financier*, *préc.* 89-260 DC

TRIBUNAL ADMINISTRATIF

TA Toulouse, 26 april 2007, *époux A*, nr. 02701913
TA Toulouse, 11 april 2008, nr. 0801610
TA Nice, 17 février 2009, nrs. 0900542 en 0900545
TA Strasbourg, 20 mei 2009, nr. 0902403
TA Amiens, 28 augustus 2009, *Mlle A*, nr. 0902232
TA Bordeaux, 30 augustus 2009, nrs. 0903365 en 0903367

TRIBUNAL DES CONFLITS

Tribunal des conflits, 8 februari 1873, *GAJA*, no. 1.

HOUSE OF LORDS

House of Lords, *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Adam and others*, (2005) UKHL 66.

Zakenregister

De gewone nummers verwijzen naar paragrafen. De Romeinse nummers verwijzen naar de hoofdstukken.

A

Aanmeldcentrum (AC) | IV.5.2.2

AC (zie Aanmeldcentrum)

algemene beginselen van EU-recht (functies van) | II.2, II.2.1, II.2.2, II.2.3

alleenstaande minderjarige vreemdelingen | IV.3.4.1

allocation temporaire d'attente (ATA) | V.5.1, V.5.1.1

- beperken of intrekken van de *allocation temporaire d'attente* | V.6.4.1.1

ambtshalve toepassing | II.4.4.4

APS (zie *autorisation provisoire de séjour*)

asielaanvraag | IV.3.2.2

- indienen | IV.3.2.2, IV.5.2.1, V.2.3.2, V.6.3.1

- afwijzing | IV.5.2.3

- tweede of volgende | IV.3.4.3

- door middel van 14-1 brief | IV.5.2.7

- zo spoedig mogelijk indienen | IV.5.3.3, V.6.4.2

asielprocedure | IV.3, IV.3.1, IV.3.2, V.2, V.2.3

- algemene | IV.3.2.5

- versnelde | V.2.3.3

- bijzondere | IV.3.4

asielzoeker | III.5.2.2, IV.4.2, V.5.1

- minderjarige | V.2.3.5

ATA (zie *allocation temporaire d'attente*)

autorisation provisoire de séjour (APS) | V.2.3.3

B

beginsel van effectieve rechtsbescherming | II.2.2, | II.4.4

beginselen van behoorlijk bestuur | II.4.3.1

belang | V.6.5.2.3

beperking materiële opvangvoorzieningen | III.5.2.3, IV.5.3, IV.5.3.2, V.6.4.1
V.6.4.1.2,

beroep (recht op) | III.5.2.4 IV.5.4.2, V.6.5.2.2, V.6.5.3.1, V.6.5.3.2

- hoger beroep | V.6.5.2.8

bescherming | V.2.2

bescherming (andere vormen van bescherming dan door het Verdrag van Genève
| IV.5.2.8.3

besluiten over opvangvoorzieningen | V.6.4.4.2
bestuurlijke sanctie | V.6.4.4.5, V.6.4.4.6
bestuurlijke voorprocedure | V.6.5.2.4
bestuursprocesrecht | V.6.5.2
bestuursrecht | V.6.4.4.2
- bronnen van algemeen bestuursrecht | V.6.4.4.3
bestuursrechter (organisatie en bevoegdheid) | V.6.5.2.1
bewijsrecht | II.4.4.2
bijstand | IV.5.3.5.2, V.6.4.4.7
bijzondere opvangcentra | V.5.2.3

C

CADA (zie *Centres d'Accueil pour demandeurs d'asile*)
Centraal Orgaan opvang asielzoekers (COA)
Centres d'Accueil pour demandeurs d'asile (CADA) | V.5.2.2
civil rights and obligations | II.5.2.1
COA (zie Centraal Orgaan opvang asielzoekers)
criminal charge | II.5.2.2

D

doelstellingen (van de richtlijn) | III.5.1
demande d'asile en priorité | V.2.3.4
detentie | V.4
diplomatiek asiel | IV.5.2.8.1
Dispositif national d'accueil (DNA) | V.5.2
dispositifs d'hébergement d'urgence en de Centres de transit | V.5.2.3
document (art. 6 richtlijn) | V.6.3.3
doelgroep (zie werkingssfeer)
Dublinverordening | IV.3.4.2

E

effectieve rechtsbescherming (zie beginsel van effectieve rechtsbescherming)
effectiviteitsbeginsel | II.2.2
ernstige inbreuken op regels in de opvangcentra | IV.5.3.4
ernstige vormen van geweld | IV.5.3.4
EU-recht | II
EU-rechtconforme interpretatie | II.3.2
evenredigheidsbeginsel | II.4.1
EVRM | II.5
EVRM, artikel 6 | II.5.2, III.6

F

feitenvaststelling | II.4.1.2
financiële middelen (verborgen houden van) | IV.5.3.2.5

full jurisdiction | II.5.2.3

G

gelijkwaardigheidsbeginsel | II.2.2,

grondrechten | II.2.4

gunstiger bepalingen (over opvangvoorzieningen) | IV.5.2.8.4

H

handhaving vreemdelingenrecht | V.4

Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie | II.2.4

I

interim measure EHRM | IV.5.2.6

intrekking materiële opvangvoorzieningen (art. 16 richtlijn) | IV.5.3

K

kwetsbare personen | IV.5.3.5.3

M

motiveringsplicht | II.4.2

materiële opvangvoorzieningen | III.5.2.1, IV.5.3.1

- aanvang van het recht op | V.6.3.1

- einde van het recht op | V.6.3.2

- uitsluiting bepaalde categorieën asielzoekers van | V.6.3.4

- beperken, intrekken of weigeren van | V.6.4

medische noodhulp | IV.5.3.5.3

meeromvattende beschikking | IV.3.2.7

meldplicht | IV.5.3.2.2

mineurs isolés | V.2.3.5

N

vreemdelingenrecht

-nationale bronnen | IV.2, V.2.1

negatief besluit | IV.5.3.6

O

omvang van het geding | V.6.5.2.5

omzetting (van de richtlijn) | IV, IV.5, IV.5.1, V.6.

onderdak | IV.5.3.2.3

ongewenst verklaarde asielzoeker | IV.5.2.5

opvangcentra COA | IV.4.2.1

opvangvoorzieningen | IV.4, V.5

overheidshandelen | V.6.4.4.4

overplaatsing | IV.5.3.2.1

P

primair EU-recht | III.2.1
procedurele autonomie (beginsel van) | II.2.2

R

rechtmatig verwijderbare asielzoeker | IV.5.2.4
rechtsbescherming | II.4, III.6, IV.5.4, V.3
rechtsbescherming (opvang asielzoekers) | IV.5.4.2, IV.5.4.3, V.6.5, V.6.5.1, V.6.5.3
rechtsgrondslag (voor de richtlijn) | III.2
rechtsmiddelen | IV.3.3
rechtsnormen (besluiten opvangvoorzieningen) | IV.5.3.5, IV.5.3.5.1
rechtstreekse werking | II.3.1
Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005 | IV.4.2
rust- en voorbereidingstermijn | IV.3.2.3
Rva 2005 (zie Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005)

S

sancties | V.6.4.3
schadevergoeding | II.4.4.3
secundair EU-recht | III.2.2
sociaal zekerheidsrecht | IV.5.3.5.2, V.6.4.4.7
spoedprocedures | V.6.5.2.7, V.6.5.3.3

T

territoriaal asiel (zie diplomatiek asiel)
toegang | IV.3.2.1, V.2.3.1
toetsing | V.6.5.2.6
toetsingsintensiteit | II.4.1.1, II.5.2.3
totstandkoming (van de richtlijn) | III.3
tweede of volgende asielaanvraag in dezelfde lidstaat | IV.5.3.2.4
Tijdelijke beschermingsrichtlijn | IV.5.2.8.2

U

uitsluiting (van opvangvoorzieningen) | IV.5.2.8

V

verdedigingsbeginsel | II.4.3
verlengde asielprocedure | IV.3.2.6
verwijderingsmaatregelen | V.4
voorlopig verblijf | V.2.3.3
voorlopige voorziening | II.4.4.1
voorrang en doorwerking van het EU-recht | II.3

voorstel (voor een nieuwe richtlijn) | III.4

vreemdelingenrecht, Nederlandse | IV.2

Vreemdelingenwet 2000 | IV.4.1

vrijheidbeperkende en vrijheidontnemende maatregelen | IV.3.5

W

weigering materiële opvangvoorzieningen (art. 16 richtlijn) | IV.5.3

werkingsfeer (artikel 3 richtlijn) | III.5.2.2, IV.5.2, V.6.3

Wet COA | IV.4.2

Z

zone d'attente | V.2.3.1

Bijlage

RICHTLIJN 2003/9/EG VAN DE RAAD VAN 27 JANUARI 2003 TOT VASTSTELLING VAN
MINIMUMNORMEN VOOR DE OPVANG VAN ASIELZOEKERS IN DE LIDSTATEN

Publicatieblad Nr. L 031 van 06/02/2003 blz. 0018-0025

Richtlijn 2003/9/EG van de Raad
van 27 januari 2003
tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lid-
staten

DE RAAD VAN DE EUROPESE UNIE,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, en met name
op artikel 63, eerste alinea, punt 1, onder b),
Gezien het voorstel van de Commissie(1),
Gezien het advies van het Europees Parlement(2),
Gezien het advies van het Economisch en Sociaal Comité(3),
Gezien het advies van het Comité van de Regio's(4),
Overwegende hetgeen volgt:

- (1) Een gemeenschappelijk asielbeleid, dat een gemeenschappelijk Europees asielstelsel omvat, is een wezenlijk aspect van de doelstelling van de Europese Unie om geleidelijk een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid tot stand te brengen, die openstaat voor diegenen die onder druk van de omstandigheden op wettige wijze in de Europese Gemeenschap bescherming zoeken.
- (2) De Europese Raad is tijdens de buitengewone bijeenkomst van 15 en 16 oktober 1999 in Tampere overeengekomen te werken aan de instelling van een gemeenschappelijk Europees asielstelsel dat stoelt op de volledige en niet-restrictieve toepassing van het Verdrag van Genève betreffende de status van vluchtelingen van 28 juli 1951, zoals aangevuld bij het Protocol van New York van 31 januari 1967, en zo te waarborgen dat niemand naar het land van vervolging wordt teruggestuurd, en dus het verbod tot uitzetting of terugleiding te handhaven.
- (3) Volgens de Conclusies van Tampere moeten in het kader van een gemeenschappelijk Europees asielstelsel op korte termijn gemeenschappelijke minimumnormen voor de opvang van asielzoekers worden vastgesteld.
- (4) Het vaststellen van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers is een verdere stap in de richting van een Europees asielbeleid.

- (5) Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen in acht die met name in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie worden erkend. Deze richtlijn beoogt meer bepaald te waarborgen dat de menselijke waardigheid ten volle wordt geëerbiedigd en te bevorderen dat de artikelen 1 en 18 van het Handvest worden toegepast.
- (6) Wat betreft de behandeling van personen die tijdelijke bescherming op grond van deze richtlijn genieten, zijn de lidstaten gebonden aan de verplichtingen uit hoofde van internationale rechtsinstrumenten waarbij zij partij zijn en die discriminatie verbieden.
- (7) Er moeten minimumnormen worden vastgesteld voor de opvang van asielzoekers die normaliter voldoende zijn om een menswaardige levensstandaard en vergelijkbare levensomstandigheden in alle lidstaten te waarborgen.
- (8) De harmonisatie van de opvangvoorzieningen voor asielzoekers zal ertoe bijdragen dat de secundaire stromen van asielzoekers, die worden veroorzaakt door het verschil in opvangvoorzieningen, worden beperkt.
- (9) De opvang van groepen met bijzondere behoeften moet zijn toegesneden op die bijzondere behoeften.
- (10) De opvang van asielzoekers in bewaring moet zijn toegesneden op de behoeften van asielzoekers in die situatie.
- (11) Om ervoor te zorgen dat wordt voldaan aan de procedurele minimumwaarborgen die inhouden dat asielzoekers in de gelegenheid worden gesteld contact op te nemen met organisaties of groepen van personen die rechtsbijstand verlenen, moet informatie worden verschaft over dergelijke organisaties en groepen van personen.
- (12) Misbruik van het opvangstelsel moet worden tegengegaan door te bepalen in welke gevallen opvangvoorzieningen voor asielzoekers kunnen worden beperkt of ingetrokken.
- (13) Er moet voor worden gezorgd dat de nationale opvangregelingen doeltreffend werken en dat de lidstaten samenwerken op het gebied van de opvang van asielzoekers.
- (14) Passende coördinatie tussen de bevoegde autoriteiten met betrekking tot de opvang van asielzoekers moet worden aangemoedigd. Derhalve dienen harmonieuze relaties tussen lokale gemeenschappen en opvangcentra te worden bevorderd.
- (15) Minimumnormen impliceren dat het de lidstaten vrij staat gunstiger regelingen in te voeren of te handhaven voor onderdanen van derde landen en staatlozen die internationale bescherming zoeken in een lidstaat.
- (16) In deze geest worden de lidstaten opgeroepen de bepalingen van deze richtlijn ook toe te passen in procedures inzake verzoeken om andere vormen van bescherming dan die welke uit het Verdrag van Genève voortvloeien ten gunste van onderdanen van derde landen en staatlozen.
- (17) De implementatie van deze richtlijn dient regelmatig te worden geëvalueerd.
- (18) Daar de doelstellingen van het overwogen optreden, namelijk de vaststelling van minimumnormen inzake de opvangvoorzieningen voor asielzoekers in de

lidstaten, niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve wegens de omvang en de gevolgen van het optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt, kan de Gemeenschap, overeenkomstig het in artikel 5 van het Verdrag neergelegde subsidiariteitsbeginsel, maatregelen nemen. Overeenkomstig het in hetzelfde artikel neergelegde evenredigheidsbeginsel gaat deze richtlijn niet verder dan nodig is om deze doelstellingen te verwezenlijken.

(19) Overeenkomstig artikel 3 van het aan het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap gehechte Protocol betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, heeft het Verenigd Koninkrijk bij brief van 18 augustus 2001 meegedeeld dat het wenst deel te nemen aan de aanneming en toepassing van deze richtlijn.

(20) Overeenkomstig artikel 1 van het genoemde Protocol betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, neemt Ierland niet deel aan de aanneming van deze richtlijn. Derhalve zijn de bepalingen van deze richtlijn, onverminderd artikel 4 van voornoemd protocol, niet van toepassing op Ierland.

(21) Overeenkomstig de artikelen 1 en 2 van het aan het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap gehechte Protocol betreffende de positie van Denemarken, neemt dit land niet deel aan de aanneming van deze richtlijn en is deze derhalve niet bindend voor noch van toepassing op Denemarken,

HEEFT DE VOLGENDE RICHTLIJN VASTGESTELD:

HOOFDSTUK I

DOEL, DEFINITIES EN WERKINGSSFEER

Artikel 1

Doel

Deze richtlijn heeft ten doel minimumnormen vast te stellen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten.

Artikel 2

Definities

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) "Verdrag van Genève": het Verdrag betreffende de status van vluchtelingen van 28 juli 1951, zoals gewijzigd bij het Protocol van New York van 31 januari 1967;

b) "asielverzoek": een door een onderdaan van een derde land of een staatloze ingediend verzoek dat kan worden opgevat als een verzoek om internationale bescherming door een lidstaat uit hoofde van het Verdrag van Genève. Elk verzoek om internationale bescherming wordt als een asielverzoek beschouwd, tenzij de betrokkene uitdrukkelijk om een andere vorm van bescherming vraagt waarom afzonderlijk kan worden verzocht;

- c) "asielzoeker": een onderdaan van een derde land of een staatloze die een asielverzoek heeft ingediend waarover nog geen definitief besluit is genomen;
- d) "gezinsleden": de volgende leden van het gezin van de asielzoeker, voorzover het gezin reeds bestond in het land van herkomst, die in verband met het asielverzoek in dezelfde lidstaat aanwezig zijn:
 - i) de echtgenoot van de asielzoeker of de niet-gehuwde partner met wie een duurzame relatie wordt onderhouden, indien in de wetgeving of de praktijk van de betrokken lidstaat niet-gehuwde en gehuwde paren op een vergelijkbare manier worden behandeld in het kader van het vreemdelingenrecht;
 - ii) de minderjarige kinderen van een paar als bedoeld onder i) of van de asielzoeker, mits zij niet gehuwd zijn en afhankelijk zijn van de asielzoeker, ongeacht of het uit hoofde van de nationale wetgeving wettige, buitenechtelijke of geadopteerde kinderen zijn;
- e) "vluchteling": eenieder die voldoet aan de voorwaarden van artikel 1, onder A, van het Verdrag van Genève;
- f) "vluchtelingenstatus": de status die een lidstaat toekent aan eenieder die als vluchteling tot het grondgebied van die lidstaat wordt toegelaten;
- g) "procedures" en "beroepsmogelijkheden": die welke door de lidstaten in hun nationale wetgeving zijn vastgesteld;
- h) "niet-begeleide minderjarigen": personen jonger dan 18 jaar die zonder begeleiding van een krachtens de wet of het gewoonterecht voor hen verantwoorde lijke volwassene op het grondgebied van een lidstaat aankomen, zolang zij niet daadwerkelijk onder de hoede van een dergelijke volwassene staan; onder dit begrip vallen ook minderjarigen die zonder begeleiding worden achtergelaten nadat zij op het grondgebied van de lidstaat zijn aangekomen;
- i) "opvangvoorzieningen": alle maatregelen die de lidstaten overeenkomstig deze richtlijn treffen ten behoeve van asielzoekers;
- j) "materiële opvangvoorzieningen": huisvesting, voedsel en kleding, die in natura of in de vorm van uitkeringen of tegoedbonnen worden verstrekt, alsmede een dagvergoeding;
- k) "bewaring": het vasthouden van een asielzoeker door een lidstaat op een bepaalde plaats, waar de betrokkene geen bewegingsvrijheid geniet;
- l) "opvangcentrum": elke plaats die wordt gebruikt voor de collectieve huisvesting van asielzoekers.

Artikel 3

Werkingssfeer

1. Deze richtlijn is van toepassing op alle onderdanen van derde landen en staatlozen die een asielverzoek aan de grens of op het grondgebied van een lidstaat indienen voorzover zij als asielzoeker op het grondgebied mogen verblijven, alsmede op de gezinsleden, indien zij overeenkomstig het nationale recht onder dit asielverzoek vallen.
2. De richtlijn is niet van toepassing op verzoeken om diplomatiek of territoriaal asiel die bij vertegenwoordigingen van de lidstaten worden ingediend.

3. Deze richtlijn is niet van toepassing wanneer de bepalingen van Richtlijn 2001/55/EG van de Raad van 20 juli 2001 betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanningen van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen⁽⁵⁾ toegepast worden.

4. De lidstaten kunnen besluiten deze richtlijn toe te passen op procedures waarin wordt beslist over verzoeken om andere vormen van bescherming dan die welke uit het Verdrag van Genève voortvloeit ten gunste van onderdanen van derde landen of staatlozen die niet als vluchteling worden aangemerkt.

Artikel 4

Gunstiger bepalingen

De lidstaten kunnen gunstiger bepalingen inzake opvangvoorzieningen vaststellen of handhaven, voor asielzoekers en voor andere in dezelfde lidstaat aanwezige nauwe verwanten van de asielzoeker indien deze van hem afhankelijk zijn, of om humanitaire redenen voorzover die bepalingen verenigbaar zijn met deze richtlijn.

HOOFDSTUK II

ALGEMENE BEPALINGEN BETREFFENDE OPVANGVOORZIENINGEN

Artikel 5

Informatie

1. De lidstaten verstrekken asielzoekers binnen een redelijke termijn van ten hoogste 15 dagen na de indiening van het asielverzoek bij de bevoegde autoriteit ten minste informatie over de geldende voordelen en over de verplichtingen die zij moeten nakomen in verband met de opvangvoorzieningen.

De lidstaten zorgen ervoor dat asielzoekers informatie krijgen over organisaties of groepen van personen die specifieke rechtsbijstand verlenen en over organisaties die hulp kunnen bieden of informatie kunnen verstrekken over de opvangvoorzieningen, waaronder medische zorg.

2. De lidstaten zorgen ervoor dat de in lid 1 bedoelde informatie schriftelijk en, voorzover mogelijk, in een taal die de asielzoeker redelijkerwijs geacht wordt te begrijpen, wordt verstrekt. In voorkomend geval kan deze informatie tevens mondeling verstrekt worden.

Artikel 6

Documenten

1. De lidstaten zorgen ervoor dat binnen drie dagen nadat een asielverzoek bij de bevoegde autoriteiten ingediend is, aan de asielzoeker een op zijn naam afgegeven document wordt verstrekt waaruit zijn status van asielzoeker blijkt of waarin staat dat hij of zij op het grondgebied van de lidstaat mag verblijven zolang zijn of haar asielverzoek hangende of in behandeling is.

Indien de houder niet vrij kan gaan en staan op het grondgebied van de lidstaat of op een deel daarvan, moet zulks ook in het document worden vermeld.

2. De lidstaten kunnen besluiten dit artikel niet toe te passen wanneer de asielzoeker in bewaring wordt gehouden en gedurende de behandeling van een asielverzoek dat is ingediend aan de grens, of in het kader van een procedure waarin wordt beslist over het recht van de asielzoeker om legaal het grondgebied van een lidstaat te betreden. In specifieke gevallen kunnen lidstaten asielzoekers voor de duur van de behandeling van hun verzoek andere bescheiden verstrekken die gelijkwaardig zijn aan het in lid 1 bedoelde document.

3. Het in lid 1 bedoelde document staat niet noodzakelijkerwijs de identiteit van de asielzoeker.

4. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om de asielzoeker het in lid 1 bedoelde document te verstrekken dat geldig moet zijn zolang hij gemachtigd is op het grondgebied of aan de grens van de betrokken lidstaat te blijven.

5. De lidstaten kunnen asielzoekers een reisdocument verstrekken indien om ernstige humanitaire redenen hun aanwezigheid in een andere staat is vereist.

Artikel 7

Verblijf en bewegingsvrijheid

1. Asielzoekers kunnen zich vrij bewegen op het grondgebied van de ontvangende lidstaat of binnen een hun daartoe door die lidstaat aangewezen gebied. Dit aangewezen gebied mag de onvervreemdbare sfeer van het privé-leven niet aantasten en dient voldoende bewegingsvrijheid te bieden om ervoor te zorgen dat alle voorzieningen die deze richtlijn biedt, toegankelijk zijn.

2. De lidstaten kunnen een besluit nemen over de plaats van verblijf van de asielzoeker, om redenen van openbaar belang, openbare orde of indien nodig voor een snelle behandeling en een doeltreffende controle van het asielverzoek.

3. In de gevallen waarin zulks nodig blijkt, bijvoorbeeld om juridische redenen of om redenen van openbare orde, mogen de lidstaten een asielzoeker overeenkomstig hun nationale wetgeving op een bepaalde plaats vasthouden.

4. De lidstaten mogen de toekenning van materiële opvangvoorzieningen bepaald in dit hoofdstuk afhankelijk stellen van het daadwerkelijk verblijf van de asielzoekers op een door de lidstaten te bepalen specifieke locatie. Het besluit daartoe kan een algemeen besluit zijn, dient per individu te worden genomen en moet conform de nationale wetgeving tot stand komen.

5. De lidstaten voorzien in de mogelijkheid van het verlenen van een tijdelijke toestemming aan asielzoekers om hun in de leden 2 en 4 bedoelde verblijfplaats en/of het in lid 1 bedoelde aangewezen gebied te verlaten. Beslissingen daartoe worden individueel, objectief en onpartijdig genomen, en negatieve beslissingen worden met redenen omkleed.

Asielzoekers hebben geen toestemming nodig om afspraken met autoriteiten en rechtbanken na te komen indien hun aanwezigheid vereist is.

6. De lidstaten verlangen van asielzoekers dat zij hun adres bekendmaken bij de bevoegde autoriteiten en eventuele adreswijzigingen onverwijld aan die autoriteiten doorgeven.

Artikel 8

Gezinnen

De lidstaten nemen passende maatregelen om in de mate van het mogelijke de eenheid van het gezin zoals aanwezig op zijn grondgebied te bewaren indien deze lidstaat zorg draagt voor de huisvesting van de asielzoekers. Deze bedoelde maatregelen worden uitgevoerd met instemming van de asielzoekers.

Artikel 9

Medisch onderzoek

De lidstaten kunnen om redenen van volksgezondheid asielzoekers een medisch onderzoek laten ondergaan.

Artikel 10

Onderwijs aan minderjarigen

1. De lidstaten bieden minderjarige kinderen van asielzoekers en minderjarige asielzoekers toegang tot onderwijs onder vergelijkbare omstandigheden als onderdanen van de lidstaat van opvang zolang een eventueel tegen hen of hun ouders gerichte verwijderingsmaatregel niet daadwerkelijk wordt uitgevoerd. Dit onderwijs kan in opvangcentra gegeven worden.

De lidstaten kunnen bepalen dat deze toegang beperkt blijft tot het openbaar onderwijs.

Als minderjarig gelden personen die de leeftijd van wettelijke meerderjarigheid in de lidstaat waarin het asielverzoek is ingediend of wordt behandeld nog niet hebben bereikt. De lidstaten kunnen geen personen uit het voortgezet onderwijs weren alleen omdat zij meerderjarig zijn geworden.

2. Minderjarigen moeten uiterlijk drie maanden, te rekenen vanaf de datum waarop zij of hun ouders een asielverzoek hebben ingediend, toegang krijgen tot het onderwijsstelsel. Deze periode kan tot een jaar worden verlengd indien specifiek onderwijs wordt verstrekt om de toegang tot het onderwijsstelsel te vergemakkelijken.

3. Wanneer toegang tot het onderwijsstelsel als bedoeld in lid 1 onmogelijk is in verband met de specifieke situatie van de minderjarige, kan de lidstaat andere onderwijsfaciliteiten aanbieden.

Artikel 11

Werkgelegenheid

1. De lidstaten stellen een tijdsspanne vast, te rekenen vanaf de datum van indiening van het asielverzoek, gedurende welke een asielzoeker geen toegang heeft tot de arbeidsmarkt.

2. Indien één jaar na de indiening van het asielverzoek in eerste aanleg geen beslissing is genomen en deze vertraging niet aan de asielzoeker te wijten is, bepalen de lidstaten onder welke voorwaarden asielzoekers toegang tot de arbeidsmarkt krijgen.
3. De toegang tot de arbeidsmarkt wordt niet ongedaan gemaakt tijdens een beroepsprocedure, indien beroep tegen een negatieve beslissing in een normale procedure schorsende werking heeft, en wel tot het tijdstip van de kennisgeving van een negatieve beslissing over het beroep.
4. Om redenen van arbeidsmarktbeleid kunnen de lidstaten voorrang geven aan EU-onderdanen en onderdanen van staten die gebonden zijn door de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, alsook aan onderdanen van derde landen die legaal op hun grondgebied verblijven.

Artikel 12

Beroepsopleiding

Ongeacht of de asielzoeker toegang tot de arbeidsmarkt heeft, kunnen de lidstaten hem toegang verlenen tot een beroepsopleiding.

De toegang tot een aan een arbeidsovereenkomst gekoppelde beroepsopleiding is afhankelijk van de mate waarin de asielzoeker overeenkomstig artikel 11 toegang heeft tot de arbeidsmarkt.

Artikel 13

Algemene bepalingen betreffende de materiële opvang en gezondheidszorg

1. De lidstaten zorgen ervoor dat voor asielzoekers materiële opvangvoorzieningen beschikbaar zijn wanneer zij hun asielverzoek indienen.
2. De lidstaten zorgen voor materiële opvangvoorzieningen voor asielzoekers met het oog op een levensstandaard die voldoende is om hun gezondheid te verzekeren en bestaansmiddelen te waarborgen.
De lidstaten zien erop toe dat die levensstandaard ook gehandhaafd blijft in het specifieke geval van personen met bijzondere behoeften als bedoeld in artikel 17, alsmede in het geval van personen in bewaring.
3. De lidstaten kunnen de toekenning van alle of bepaalde materiële opvangvoorzieningen en gezondheidszorg afhankelijk stellen van de voorwaarde dat de asielzoekers niet beschikken over de nodige middelen voor een levensstandaard die voldoende is om hun gezondheid te verzekeren, noch over de nodige bestaansmiddelen.

4. Overeenkomstig artikel 3 kunnen de lidstaten van de asielzoekers, indien zij over voldoende middelen beschikken, bijvoorbeeld wanneer zij gedurende een redelijke tijd gewerkt hebben, een bijdrage verlangen voor het totaal of een deel van de kosten van de door deze richtlijn geboden materiële opvangvoorzieningen en gezondheidszorg.

Indien komt vast te staan dat een asielzoeker over voldoende middelen beschikte om in die basisbehoeften te voorzien toen de materiële opvangvoorzieningen en

gezondheidszorg werden verstrekt, mogen de lidstaten hem vragen deze voorzieningen te vergoeden.

5. De materiële opvangvoorzieningen mogen worden verstrekt in natura dan wel in de vorm van uitkeringen of tegoedbonnen of een combinatie daarvan.

Indien de lidstaten voor materiële opvangvoorzieningen zorgen door middel van uitkeringen of tegoedbonnen, wordt het bedrag daarvan overeenkomstig de in dit artikel vermelde beginselen bepaald.

Artikel 14

Nadere bepalingen betreffende de materiële opvangvoorzieningen

1. Indien huisvesting in natura wordt verstrekt, gebeurt dit in één van de volgende vormen of een combinatie daarvan:

- a) in ruimten die gebruikt worden om asielzoekers te huisvesten gedurende de behandeling van een asielverzoek dat aan de grens is ingediend;
- b) in opvangcentra die een toereikend huisvestingsniveau bieden;
- c) in particuliere huizen, appartementen, hotels of andere voor de huisvesting van asielzoekers aangepaste ruimten.

2. De lidstaten zien erop toe dat de asielzoekers die zijn gehuisvest overeenkomstig lid 1, onder a), b) of c):

- a) bescherming van hun gezinsleven genieten;
- b) de mogelijkheid hebben om te communiceren met familieleden, raadslieden en vertegenwoordigers van de Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor vluchtelingen (UNHCR) en door de lidstaten erkende niet-gouvernementele organisaties (NGO's).

De lidstaten besteden in het bijzonder aandacht aan de preventie van geweldpleging in de in lid 1, onder a) en b), bedoelde ruimten en opvangcentra.

3. Waar van toepassing, zien de lidstaten erop toe dat minderjarige kinderen van asielzoekers of minderjarige asielzoekers worden gehuisvest bij hun ouders of bij een volwassen familielid dat krachtens de wet of het gewoonterecht voor hen verantwoordelijk is.

4. De lidstaten zien erop toe dat asielzoekers alleen worden overgeplaatst wanneer dit noodzakelijk is. De lidstaten zorgen ervoor dat asielzoekers hun raadslieden van de overplaatsing en hun nieuwe adres op de hoogte kunnen brengen.

5. Het personeel dat in de opvangcentra werkt, moet een passende opleiding hebben. Voor deze personeelsleden geldt in de nationale wetgeving omschreven geheimhoudingsplicht in verband met de informatie waarvan zij uit hoofde van hun werk kennis nemen.

6. Via een representatieve adviesraad van bewoners kunnen de lidstaten asielzoekers betrekken bij het beheer van de materiële middelen en bij de immateriële aspecten van het leven in het centrum.

7. Juridisch adviseurs of raadslieden van asielzoekers en vertegenwoordigers van de UNHCR of van de door het Bureau van de Hoge Commissaris gemachtigde en door de lidstaat erkende NGO's hebben toegang tot de opvangcentra en andere plaatsen waar asielzoekers zijn gehuisvest, zodat zij de asielzoekers kunnen bij-

staan. Deze toegang kan slechts worden beperkt om redenen die verband houden met de veiligheid van de huisvesting en van de asielzoekers.

8. Bij wijze van uitzondering mogen de lidstaten andere dan de in dit artikel genoemde regels inzake materiële opvangvoorzieningen vaststellen voor een zo kort mogelijke redelijke termijn, indien:

- een eerste raming van de specifieke behoeften van de asielzoekers vereist is;
- de in dit artikel genoemde materiële opvangvoorzieningen in een bepaald geografisch gebied niet voorhanden zijn;
- de gewoonlijk beschikbare huisvestingscapaciteit tijdelijk uitgeput is;
- de asielzoekers in een bewaringscentrum verblijven of zich in grenslokalen bevinden die zij niet mogen verlaten.

Deze afwijkende voorzieningen moeten in elk geval de basisbehoeften dekken.

Artikel 15

Gezondheidszorg

1. De lidstaten dragen er zorg voor dat asielzoekers de nodige medische zorg ontvangen, die ten minste de spoedeisende behandelingen en de essentiële behandeling van ziekten omvat.

2. De lidstaten verstrekken de noodzakelijke medische of andere zorg aan asielzoekers met speciale behoeften.

HOOFDSTUK III

BEPERKING OF INTREKKING VAN OPVANGVOORZIENINGEN

Artikel 16

Beperking of intrekking van opvangvoorzieningen

1. De lidstaten kunnen de opvangvoorzieningen in de volgende gevallen beperken of intrekken:

a) indien een asielzoeker

- de door de bevoegde instanties vastgestelde verblijfplaats verlaat zonder deze instanties op de hoogte te stellen of, indien toestemming vereist is, zonder toestemming, of,

- gedurende een in het nationale recht vastgestelde redelijke termijn niet voldoet aan de meldingsplicht of aan verzoeken om informatie te verstrekken of te verschijnen voor een persoonlijk onderhoud betreffende de asielprocedure, dan wel
- reeds een asielverzoek ingediend heeft in dezelfde lidstaat.

Wanneer de asielzoeker wordt opgespoord of zich vrijwillig bij de betrokken instantie meldt, wordt een met redenen omklede, op de redenen voor de verdwijning gebaseerde beslissing genomen inzake het opnieuw verstrekken van sommige of alle opvangvoorzieningen;

b) indien een asielzoeker financiële middelen verborgen heeft gehouden en daardoor ten onrechte aanspraak op de bij deze richtlijn vastgestelde materiële en financiële opvangvoorzieningen heeft gemaakt.

Indien komt vast te staan dat een asielzoeker over voldoende middelen beschikte om in die basisbehoeften te voorzien toen de materiële opvangvoorzieningen

worden verstrekt, mogen de lidstaten hem vragen deze voorzieningen te vergoeden.

2. Een lidstaat mag weigeren de opvangvoorzieningen te verstrekken wanneer de asielzoeker niet kan bewijzen dat het asielverzoek zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk na de aankomst in de lidstaat werd ingediend.

3. De lidstaten kunnen sancties vaststellen op ernstige inbreuken op de regels met betrekking tot de opvangcentra en op ernstige vormen van geweld.

4. De in de leden 1, 2 en 3 bedoelde beslissingen tot beperking, intrekking of wijziging van opvangvoorzieningen of sancties worden individueel, objectief en onpartijdig genomen en met redenen omkleed. De beslissingen worden genomen op grond van de specifieke situatie van de betrokkene, met name voor personen die onder artikel 17 vallen, en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel. De lidstaten zien erop toe dat asielzoekers te allen tijde toegang hebben tot medische noodhulp.

5. De lidstaten zorgen ervoor dat er geen materiële opvangvoorzieningen beperkt of ingetrokken worden voordat er een negatieve beslissing genomen is.

HOOFDSTUK IV

PERSONEN MET BIJZONDERE BEHOEFTE

Artikel 17

Algemeen beginsel

1. De lidstaten houden in hun nationale wetgeving tot uitvoering van de bepalingen van hoofdstuk II inzake materiële opvangvoorzieningen en gezondheidszorg rekening met de specifieke situatie van kwetsbare personen zoals minderjarigen, niet-begeleide minderjarigen, personen met een handicap, ouderen, zwangere vrouwen, alleenstaande ouders met minderjarige kinderen en personen die folteringen hebben ondergaan, zijn verkracht of aan andere ernstige vormen van psychologisch, fysiek of seksueel geweld zijn blootgesteld.

2. Lid 1 is uitsluitend van toepassing op personen die na een individuele beoordeling van hun situatie bijzondere behoeften blijken te hebben.

Artikel 18

Minderjarigen

1. Bij de uitvoering van de bepalingen van deze richtlijn die betrekking hebben op minderjarigen laten de lidstaten zich primair leiden door het belang van het kind.

2. De lidstaten zorgen ervoor dat minderjarigen die het slachtoffer zijn geweest van enige vorm van mishandeling, verwaarlozing, uitbuiting, foltering of wrede, onmenselijke of vernederende behandeling of die hebben geleden onder gewapende conflicten, toegang hebben tot de rehabilitatiediensten alsmede dat passende geestelijke gezondheidszorg wordt ontwikkeld en waar nodig gekwalificeerde begeleiding wordt verstrekt.

Artikel 19

Niet-begeleide minderjarigen

1. De lidstaten nemen zo spoedig mogelijk maatregelen om de noodzakelijke vertegenwoordiging van niet-begeleide minderjarigen te verzekeren door wettelijke voogdij of indien nodig door vertegenwoordiging door een organisatie die belast is met de zorg voor en het welzijn van minderjarigen, of door iedere andere vorm van passende vertegenwoordiging. De betreffende instanties voeren regelmatig beoordelingen uit.

2. Niet-begeleide minderjarigen die een asielverzoek indienen, worden vanaf het moment dat zij tot het grondgebied worden toegelaten tot het moment waarop zij verplicht zijn de lidstaat waarin het asielverzoek is ingediend of wordt behandeld, te verlaten, ondergebracht:

- a) bij volwassen bloedverwanten;
- b) in een pleeggezin;
- c) in opvangcentra met speciale voorzieningen voor minderjarigen;
- d) in andere huisvesting die geschikt is voor minderjarigen.

De lidstaten mogen niet-begeleide minderjarigen die ten minste 16 jaar oud zijn in opvangcentra voor meerderjarige asielzoekers onderbrengen.

Voorzover mogelijk worden broers en zussen bij elkaar gehuisvest, rekening houdend met het belang van de betrokken minderjarige en in het bijzonder met zijn leeftijd en maturiteit. Veranderingen in de verblijfplaats van minderjarigen worden tot het strikt noodzakelijke minimum beperkt.

3. In het belang van de niet-begeleide minderjarige trachten de lidstaten de gezinsleden van niet-begeleide minderjarigen zo spoedig mogelijk op te sporen. In gevallen waarin gevaar bestaat voor het leven of de lichamelijke integriteit van de minderjarige of zijn naaste familieleden, met name indien zij in het land van herkomst zijn achtergebleven, moet bij het verzamelen, verwerken en verspreiden van gegevens over deze personen vertrouwelijkheid worden gewaarborgd, zodat hun veiligheid niet in gevaar wordt gebracht.

4. Personen die met niet-begeleide minderjarigen werken, moeten passend onderlicht over hun behoeften gevolgd hebben of ontvangen. Voor deze personen geldt de geheimhoudingsplicht als omschreven in de nationale wetgeving in verband met de informatie waarvan zij uit hoofde van hun werk kennisnemen.

Artikel 20

Slachtoffers van foltering en geweld

De lidstaten zorgen ervoor dat personen die foltering, verkrachting of andere ernstige vormen van geweld hebben ondergaan, voor hun daardoor veroorzaakt letsel zo nodig de vereiste behandeling ontvangen.

HOOFDSTUK V**BEROEP****Artikel 21****Rechtsmiddelen**

1. De lidstaten zorgen ervoor dat tegen negatieve beslissingen met betrekking tot de toekenning van voorzieningen op grond van deze richtlijn of beslissingen op grond van artikel 7 die individuele gevolgen hebben voor asielzoekers, beroep kan worden aangetekend volgens de in de nationale wetgeving neergelegde procedures. Tenminste wordt in laatste instantie de mogelijkheid van beroep of toetsing voor een rechterlijke instantie geboden.
2. De nadere regels voor toegang tot rechtsbijstand in dergelijke gevallen worden in het nationale recht vastgesteld.

HOOFDSTUK VI**MAATREGELEN OM HET OPVANGSYSTEEM DOELTREFFENDER TE MAKEN****Artikel 22****Samenwerking**

De lidstaten verstrekken de Commissie regelmatig gegevens over het aantal personen, uitgesplitst naar sekse en leeftijd, dat onder de opvangvoorzieningen valt, alsmede volledige informatie over de soort, de naam en de opmaak van de in artikel 6 bedoelde documenten.

Artikel 23**Systeem voor het sturen, bewaken en controleren**

De lidstaten zorgen ervoor dat er, met inachtneming van hun grondwettelijk bestel, passende regels worden vastgesteld voor het sturen, bewaken en controleren van het niveau van de opvangvoorzieningen.

Artikel 24**Personeel en middelen**

1. De lidstaten treffen passende maatregelen om ervoor te zorgen dat de autoriteiten en andere organisaties die deze richtlijn uitvoeren, de nodige basisopleiding hebben ontvangen met betrekking tot de behoeften van mannelijke en vrouwelijke asielzoekers.
2. De lidstaten trekken de nodige middelen uit voor de uitvoering van de krachtens deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen.

HOOFDSTUK VII SLOTBEPALINGEN

Artikel 25

Verslagen

Uiterlijk op 6 augustus 2006 brengt de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad verslag uit over de toepassing van deze richtlijn en stelt zij, in voorkomend geval, de noodzakelijke wijzigingen voor.

De lidstaten zenden de Commissie uiterlijk op 6 februari 2006 alle informatie toe die voor de opstelling van dit verslag dienstig is, met inbegrip van de in artikel 22, bedoelde statistische gegevens.

Na het uitbrengen van het verslag dient de Commissie ten minste om de vijf jaar bij het Europees Parlement en de Raad een verslag in over de toepassing van de onderhavige richtlijn.

Artikel 26

Omzetting

1. De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 6 februari 2005 aan deze richtlijn te voldoen. Zij stellen de Commissie daarvan onverwijld in kennis.

Wanneer de lidstaten die bepalingen aannemen, wordt in de bepalingen zelf of bij de officiële bekendmaking daarvan naar deze richtlijn verwezen. De regels voor de verwijzing worden vastgesteld door de lidstaten.

2. De lidstaten delen de Commissie de tekst van de bepalingen van nationaal recht mede die zij op het onder deze richtlijn vallende gebied vaststellen.

Artikel 27

Inwerkingtreding

Deze richtlijn treedt in werking op de dag van haar bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Artikel 28

Adressaten

Deze richtlijn is gericht tot de lidstaten, overeenkomstig het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.

Gedaan te Brussel, 27 januari 2003.

Voor de Raad

De voorzitter

G. Papandreou

- (1) PB C 213 E van 31.7.2001, blz. 286.
- (2) Advies uitgebracht op 25 april 2002 (nog niet verschenen in het Publicatieblad).
- (3) PB C 48 van 21.2.2002, blz. 63.
- (4) PB C 107 van 3.5.2002, blz. 85.
- (5) PB L 212 van 7.8.2001, blz. 12.

Serie Staat en Recht

In de Serie Staat en Recht van het Onderzoekcentrum voor Staat en Recht zijn verschenen:

1. J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving. Een vergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse, Duitse en Nederlandse recht*
2. L.A. Kjellefold Hoegee, *Rechtsbescherming tegen bestuurshandelen in Nederland, Noorwegen en Zweden*
3. P.M. van den Eijnden, *Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief*
4. P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten, D.J. Elzinga, M. Herweijer, M.A.D.W. de Jong, H.G. Warmelink, *Constitutionele normen en decentralisatie. Een evaluatie van Hoofdstuk 7 Grondwet*
5. H. Broeksteeg, A. Terlouw (red.), *Overheid, recht en religie*
6. M. Laemers, *Morren in de marge van de rechtspraak. Klagen over rechters, gerechtshoven en de rechterlijke organisatie*
7. A. Terlouw, K. Zwaan, *Tijd en asiel. 60 jaar vluchtelingenverdrag*
8. F.F. Larsson, *De EU-richtlijn over opvang van asielzoekers. Opvangvoorzieningen in Nederland en Frankrijk en de rechtsbescherming tegen het onthouden van opvang*

Bezoek www.kluwerstaatsenbestuursrecht.nl/categorie/boeken/ster voor meer informatie over deze serie.